Das Internationale Privatrecht im Rechtssystem

von

Johann Paul Bauer

aus Nürnberg

1967

1968 № 10

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535718_0013

Das Internationale Privatrecht im Rechtssystem

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Johann Paul Bauer
aus Nürnberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Professor Dr. L. Schnorr von Carolsfeld
Tag der mündlichen Prüfung: 19.12.1967

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Aufgabenstellung und Plan der Arbeit S.1

1. Abschnitt: Die Einordnung des Internationalen Privatrechts in die allgemeine Rechtslehre S.4

Plan des ersten Abschnitts S.4

§ 1

Begriffsbestimmungen: Recht, Geltung S.5

I. Die Bestimmung des Begriffs "Recht" S.5

1. Ausgangspunkt: Die menschliche Gemeinschaft S.5
2. Mögliche Methoden der Definition des Rechts S.5
3. Recht als Inbegriff aller innerhalb einer Gemeinschaft zur rechtlichen Entscheidung von Lebenssachverhalten verwendeten Topoi S.9
4. Topos und Imperativ S.11

II. Der Begriff der Geltung S.13

1. Geltung als übliche Verwendung eines Topos S.13
2. Begriff der normativen Geltung: der verbindliche Topos S.14
3. Verhältnis von normativer und tatsächlicher Geltung S.15
4. Ungültiger, ungerechter, nicht sachgerechter Topos S.15

§ 2

Die Rechtsordnung S.18

I. Die Rechts-Ordnung S.18

1. Bestimmung der Organe S.18
2. Bestimmung der Geltung von Normen S.19
3. Bestimmung des Ranges von Normen S.20
4. Das Problem der Widerspruchsfreiheit S.22
5. Der Bereich der konkreten Rechtsgestaltung S.24

II. Das Recht als System S.25

1. Das Gesetzbuch als System von Topoi S.25
2. Das Rechtssystem als Sozialmodell S.26
3. Die sog. komplexen Systeme S.28

III. Die Rechtsordnung als Friedensordnung: Das Problem der Rechtsdurchsetzung S.29

1. Die Rechtsordnung ist notwendigerweise Friedensordnung S.29
2. Beschränkung und Monopolisierung der Gewalt S.29
3. Das subjektive Recht S.30

§ 3

Der Umfang einer Rechtsordnung S.33

I. Die rechtliche Bestimmung der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft S.33

II. Der Umfang der rechtlichen Regelung S.35

1. Der Umfang eines Rechtssatzes S.35
2. Der Umfang einer Rechtsordnung S.39

III. Der Umfang der staatlichen Zuständigkeit S.40

1. Begriff der staatlichen Zuständigkeit S.40
2. Notwendiges Verhältnis des Begriffs der Rechtsordnung zu dem der Zuständigkeit S.40

IV. Zusammenfassung S.42

§ 4

Sachnormschöpfung und Anwendung fremden Rechts S.44

I. Grundlagen S.44

II. Das Institut des Rechtsanwendungsbefehls S.45

1. Der Rechtsanwendungsbefehl als notwendiger Bestandteil eines jeden Rechtssatzes innerhalb der eigenen Rechtsordnung S.45
2. Der auf fremdes Recht gerichtete Rechtsanwendungsbefehl S.46

3. Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl S.47
a) Unterschied der Funktion S.47
b) Unterschied des Adressaten S.47
c) Unterschied der Interpretation S.49

III. Die Anwendung ausländischen Rechts S.55

1. Unterschied zur Rezeption S.56
2. Verschiedenartiges Verhalten des Organs gegenüber eigenem und fremdem Recht S.56
3. Anwendung des fremden Rechts im Zusammenhang der fremden Rechtsordnung S.58

IV. Die Schöpfung von Sachnormen S.59

1. Die Anwendung fremder Normen ohne Beachtung ihres Umfanges S.59
2. Die Kumulation S.60
a) Die symmetrische Kumulation S.61
b) Die asymmetrische Kumulation S.62
c) Grenzen der Kumulation S.65
3. Die Angleichung S.66
a) Die Angleichung als Rechtsschöpfung contra legem S.66
b) Die Angleichung als Rechtsschöpfung praeter legem S.67
4. Der ordre public S.68
a) Die lois d'ordre public S.68
b) Bedingte Grenznormen des ordre public S.69
c) Die allgemeine Vorbehaltsklausel als Ermächtigung zur richterlichen Rechtschöpfung S.71

V. Die Lehrmeinungen über die Anwendung fremden Rechts S.74

1. Fremdes Recht wird wie das eigene angewendet S.75
2. Eigenes Recht wird - inhaltsgleich - dem fremden nachgebildet S.75
3. Die vom fremden Recht gewährten subjektiven Rechte werden anerkannt S.77
4. Das fremde Recht wird als Tatsache betrachtet S.78

§ 5

Die Grenzen der Anwendung fremden Rechts S.79

I. Die generelle Nichtanwendung bestimmter Normenkategorien S.79

1. Die Nichtanwendung fremden Prozeßrechts und fremden "öffentlichen" Rechts S.79
2. Die Ablehnung der wesensfremden Rechtsfolge S.82
   a) Die verfassungsrechtlichen Grundlagen S.83
   b) Die Einordnung des fremden subjektiven Rechts S.84

II. Die prozessuale Behandlung des fremden Rechts S.88

1. Amtsermittlung oder Parteibeibringung S.88
2. Ausfüllung der Lücke, wenn das fremde Recht nicht ermittelt werden kann S.90
3. Kontrolle der Anwendung fremden Rechts durch die obersten Gerichte S.92

Zusammenfassung des ersten Abschnitts S.94

2. Abschnitt: Die Dikelogie des Internationalen Privatrechts S.98

Plan des zweiten Abschnitts S.98

§ 6

Die Bestimmung des Problems S.100

I. Topik und Problem S.100

II. Der Grund der normlogischen Differenz S.101

1. Die Rechtsordnung als konkrete Antwort einer Gemeinschaft auf die Gerechtigkeitsfrage S.101
2. Das Phänomen des Fremden als Problem des Gleichheitssatzes S.102

III. Berechtigung eines historischen Vorgehens S.104

§ 7

Der Normenkonflikt in der Antiken Welt S.105

I. Die griechische Welt S.105

1. Die politische Verfassung S.105
2. Die personale Organisation der Polis S.105
3. Die Möglichkeit eines gemeingriechischen Internationalen Privatrechts S.106
4. Das hellenistische Ägypten als komplexes System S.107

II. Das römische Reich S.110

1. Die Grundlagen S.110
2. Die Stadt Rom selbst S.112
3. Die Provinzen S.116

§ 8

Der Konflikt verschiedener Rechte im Mittelalter S.118

I. Das System der persönlichen Rechte S.118

1. Die Grundlagen: Das fränkische Reich als komplexes System S.118
2. Das System der persönlichen Rechte im langobardischen Italien S.121

II. Die Statutenlehre S.126

1. Die tatsächlichen Grundlagen S.126
2. Die Rechtswissenschaft S.127
   a) Bartolus und Baldus S.128
   b) Dumoulin S.131
   c) D'Argentré S.132

§ 9

Die Comitas-Lehre S.135

I. Die Niederländische Schule S.135

1. Rodenburg S.135
2. Paulus Voet S.137
3. Johannes Voet S.138
4. Ulricus Huber S.138

II. Die Comity im englischen Recht S.140

1. Die englische Entwicklung S.140
2. Begriff und Funktion der Comity S.143

III. Die Grundlagen der Comitas-Lehre S.150

1. Die rechtslogischen Grundlagen S.150
2. Die Staatslehre S.150
   a) Bodin S.150
   b) Hobbes und Suarez S.151
3. Die Völkerrechtslehre S.153
   a) Grotius S.153
   b) Vattel S.156

§ 10

Die internationalistische Schule S.159

I. Darstellung der wichtigsten Lehrmeinungen S.159

1. Wächter und Savigny S.159
2. Mancini S.163
3. von Bar S.166
4. Pillet S.167
5. Zitelmann S.169
6. Frankenstein S.171

II. Die Grundlagen der internationalistischen Schule S.174

1. Der Gegensatz von Savigny und Mancini S.174
   a) Savigny S.174
   b) Mancini S.176
   c) Die österreichische und die französische Kodifikation S.177
2. Die Völkerrechtslehre S.179
   a) Bluntschli S.179
   b) Heffter S.181
   c) Martens S.184

§ 11

Die nationalistische Schule S.188

I. Darstellung S.188

1. Franz Kahn S.188
2. Der Gesetzgeber des EGBGB S.190

II. Die Grundlagen S.194

§ 12

Die absoluten Systeme S.196

I. Das System der einseitigen Kollisionsnormen S.196

1. Das Grundpostulat S.196
2. Darstellung der Lehrmeinungen S.197

II. Der Grundsatz des wohlerworbenen Rechts S.199

III. Quadris "Teoria psicologica dell'aspettativa" S.201

§ 13

Das Prinzip der Entscheidungsharmonie S.204

I. Die prozessuale Lösung S.205

II. Die materiellrechtliche Lösung S.206

1. Verzicht auf die grundsätzliche Anwendung des eigenen materiellen Rechts S.206
2. Verzicht auf die Ermächtigung zur konkreten Rechtsgestaltung S.207
3. Das Gebot der paritätischen Anknüpfung S.208
4. Die Beachtung des fremden Grenz- und Rechtsanwendungsrechts S.211

a) Die Beachtung der Rückverweisung im Sinne der "Foreign Court Theory" S.214
b) Die Beachtung der Weiterverweisung S.222
c) Die Beachtung des "stärkeren Rechts" S.226
d) Sonderfälle S.229

§ 14

Anknüpfungsgrundsätze unabhängig vom Postulat der Entscheidungsharmonie S.234

I. Der Grundsatz der absoluten Anknüpfung S.235

II. Die ungleiche Behandlung von einheimischen und fremden Elementen S.237

1. Die gleiche Abgrenzung von eigenem und fremdem Recht S.237
2. Die Beziehung des Systems allseitiger Kollisionsnormen zu diesem Gebot S.239
3. Rechtfertigung der unparitätischen Abgrenzung S.239
   a) Normenlücke S.239
   b) Die Bevorzugung einer bestimmten Partei S.240
   c) Die Ausstrahlung der institutionellen Normen S.242

§ 15

Die modernen amerikanischen Theorien S.243

I. Die Grundlagen S.243

II. Die Methoden S.245

1. Der "functional approach" S.246
2. Der "result selective approach" S.250

§ 16

Die Theorie Steindorffs S.254

I. Seine Charakterisierung der bisherigen Methode S.254

II. Die Internationalisierung von Sachverhalten S.255

1. Im Bereich der Qualifikation S.255
2. Im Bereich der unerlaubten Handlung S.255
3. Im Bereich des Internationalen Vertragsrechts S.256
4. Die Stufenleiter der Lösungen S.256

III. Der Ausweg: ein neues Jus gentium S.257

§ 17

Internationales Privatrecht und Nebeneinander der Rechtskreise S.259

I. Die Systematisierung der Rechtsordnungen S.259

II. Der Zusammenstoß von Rechten verschiedener Rechtskreise S.261

1. Deutsches und islamisches Recht S.261
2. Kommunistisches und "kapitalistisches" Recht S.267

III. Vergleich mit dem Zusammentreffen europäischer Rechtsordnungen unter sich S.272

Zusammenfassung des zweiten Abschnitts S.274

3. Abschnitt: Völkerrecht und Internationales Privatrecht S.277

Plan des dritten Abschnitts S.277

§ 18

Die Lehrmeinungen über das Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht S.279

I. Völkerrecht und Internationales Privatrecht als getrennte Materien S.279

II. Auswirkung einzelner Institute des Völkerrechts S.280

III. Das Völkerrecht als Schranke staatlicher Rechtssetzung S.281

IV. Das Völkerrecht als Grundlage S.283

§ 19

Der Begriff des Völkerrechts und die Völkerrechtsquellen S.286

I. Das Völkerrecht als Rechtsordnung S.286

1. Das Völkerrecht als Ordnung einer historisch zu verstehenden Gemeinschaft S.286
2. Das Jus Publicum Europaeum und seine Erweiterung S.287

II. Die Rechtsquellen des Völkerrechts S.289

1. Die Naturrechtslehre als autoritäres Vorgut S.289
2. Die Rechtsquellen des Jus Publicum Europaeum S.289
3. Das Statut des StIGH und IGH S.291

III. Die neuen Staaten S.293

1. Die sowjetische Völkerrechtslehre S.293
2. Die neuen Staaten Asiens und Afrikas S.296

IV. Charakteristik des gegenwärtigen Völkerrechts S.297

§ 20

Das Gewohnheitsvölkerrecht S.298

I. Das tatsächliche Verhalten (usus) als objektive Komponente des Gewohnheitsvölkerrechts S.298

1. Wessen Verhalten kann zur Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht führen? S.298
2. Auf das Handeln welcher Staatsorgane kommt es an? S.299
   a) Die Lehre vom pactum tacitum S.299
   b) Ihre Widerlegung S.300
3. Bestimmung der Situationen, die zur Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht führen können S.303
   a) Das Beispiel des völkerrechtlichen Fremdenrechts S.303
   b) Das Beispiel des französisch-serbischen Anleihen-Falls S.306

II. Die subjektive Voraussetzung: Die "opinio juris sive necessitatis" S.308

1. Die Rechtsüberzeugung als unterscheidendes Kriterium zwischen Recht und Courtoisie S.308
2. Das Problem der Ermittlung der Rechtsüberzeugung S.312
3. Die opinio necessitatis S.315

III. Partikuläres und allgemeines Gewohnheitsrecht S.317

1. Zweiseitiges Recht S.317
2. Allgemeines Recht. Das Problem des englisch-norwegischen Fischereistreites S.318
3. Die Aufhebung eines Völkerrechtssatzes S.320

IV. Zusammenfassung S.321

§ 21

Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze S.323

I. Die Grundsätze des Völkerrechts S.323

1. Die Normenbildung im Wege des Fallrechts S.323
   a) Die aus den Präzedenzfällen gewonnene allgemeine Regel S.323
   b) Normen von höherem Abstraktionsgrad S.324
2. Der zweite Begriff der Grundsätze des Völkerrechts S.325
   a) Die Leitideen der gegenwärtigen Ordnung des Völkerrechts S.325
   b) Prinzipien, die der Rechtsidee immanent sind S.327

II. "Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" S.328

1. Ansichten der Schöpfer des Statuts des StIGH S.328
2. Prüfung der Fälle, in denen internationale Gerichte auf diese Rechtsquelle zurückgegriffen haben S.329
   a) Ergänzung von Instituten des Völkerrechts, die dem Privatrecht entnommen worden sind S.329
   b) Die Ausgestaltung des Verfahrens S.330
   c) Der Bereich der Aequitas S.330

3. Nähere Bestimmung der Rechtsquellen der "principes généraux" S.332

a) Verhältnis zu den anderen beiden Rechtsquellen S.332

b) Bestimmung der Rechtsordnung, der ein nationaler Rechtssatz angehören muß, um rezeptionsfähig zu sein S.333

III. Ergebnis S.334

§ 22

Völkerrecht und staatliche Souveränität S.335

I. Völkerrecht und Souveränität in der Rechtsprechung des StIGH und des IGH S.335

1. Der Lotus-Fall S.335

2. Erhärtung der Thesen des Lotus-Falls in der weiteren Rechtsprechung S.339

II. Die Souveränität im System des Völkerrechts S.343

1. Souveränität und Staatsbegriff S.343

2. Souveränität als Status S.343

3. Souveränität als vom Völkerrecht nicht begrenzter Freiheitsraum staatlicher Entscheidung S.344

4. Die Beschränkung der Souveränität durch die Grundrechte der anderen Staaten S.346

a) Das Recht auf Existenz S.346

b) Das Recht auf Achtung der Unabhängigkeit S.347

III. Der Domaine réservé S.348

1. Der Begriff im Rahmen der Satzung des Völkerbundes und der SVN S.348

a) Die Entscheidung des StIGH zu Art.15 § 8 der Satzung des Völkerbundes S.348

b) Der Begriff in der SVN S.349

2. Prüfung der über diese Satzungen hinausgehenden Funktion S.350

a) Die Sachgebiete, die zum Domaine réservé gezählt werden S.350

b) Der Nottebohm-Fall und die daraus zu ziehenden Folgerungen S.351

IV. Der Begriff der Einmischung in die inneren Angelegenheiten S.353

1. Verbindung mit dem Begriff des völkerrechtlichen Delikts S.353
2. Gegenwärtiger Stand der Bestimmtheit S.353

V. Souveränität, Gebietshoheit, Personalhoheit S.355

1. Die Grundfrage S.355
2. Die Überschneidung der beiden Sphären S.355
3. Das Verhältnis zur Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht S.356

§ 23

Nationales, internationales und transnationales Recht S.358

I. Völkerrecht und staatliches Recht S.358

1. Die von den Organen der Völkerrechtsgemeinschaft angewendeten Normen S.358
2. Die Beziehungen zum staatlichen Recht S.358
   a) Das hierarchische Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht S.358
   b) Die völkerrechtliche Rechtsfolge auf die Setzung völkerrechtswidrigen Landesrechts S.361
3. Die Grundpositionen des internationales Prozesses und die Stellung des staatlichen Rechts in diesem S.363
   a) Staatliches Recht als Voraussetzung einer völkerrechtlichen Rechtsfolge S.364
   b) Die Pflicht zur Erschöpfung des nationalen Rechtswegs S.367
   c) Das Bestehen privater Rechte als Vorfrage S.368
4. Zusammenfassung S.369

II. Nationales und transnationales Recht S.370

1. Die Normenhierarchien im Völkerrecht: Völkerrecht, das nicht transnationales Recht ist S.370
2. Aufgliederung des der Quelle nach nationalen Rechts nach der Aufgabe S.371
3. Das neue "Zwischenreich" zwischen Völkerrecht und staatlichem, transnationalem Recht S.373
   a) Das Phänomen S.373
   b) Die Präzedenzfälle der Verträge von Staaten und Einzelpersonen S.374
   c) Der Sonderfall der Konzessionen S.377

III. Internationales, nationales und kirchliches Recht S.384

§ 24

Völkerrecht und Internationales Privatrecht S.386

I. Ausgangslage S.386

II. Völkerrecht und IPR-Norm S.386

1. Die Grundpositionen der Gebiets- und Personalhoheit S.387
2. Präzedenzfälle S.388
   a) Interventionen der Staaten in eigenem Interesse S.388
   b) Interventionen der Staaten im Interesse ihrer Angehörigen, die zu Verfahren vor völkerrechtlichen Gerichten führten S.389
   c) Protestfälle S.392

III. Die völkerrechtsgemäße Qualifikation der Begriffe des Internationalen Privatrechts S.396

1. Die Auslegung der Grenznorm S.397
2. Nur äußerster Rahmen S.397
3. Die Auslegung des Rechtsanwendungsbefehls S.397

IV. Die Prüfung des anzuwendenden fremden Rechts auf seine Übereinstimmung mit dem Völkerrecht S.398

§ 25

Das von den internationalen Gerichten entwickelte Rechtsanwendungsrecht S.400

I. Darstellung S.400

1. Die Rechtsprechung des StIGH S.400
2. Die Rechtsprechung des IGH S.404
3. Die Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichte S.408

II. Die Bewertung dieser Rechtsprechung S.416

1. Das Verhältnis von völkerrechtlichem Richterrecht zur Anwendung staatlichen Rechts S.416

2. Die Auswirkung der konkreten Konstellation des internationalen Prozesses S.418
3. Die Einordnung der Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichte S.422

§ 26

Das Problem der internationalen Zuständigkeit S.424
I. Die völkerrechtlichen Grundlagen S.424
II. Die Staatenpraxis S.425
1. Die Hauptgerichtsstände S.426
2. Die Hilfsgerichtsstände S.428
III. Die Anerkennung fremder Urteile S.428
1. Die grundsätzliche Handlungsfreiheit der Staaten S.429
2. Die Überprüfung der Internationalen Zuständigkeit im Rahmen des Anerkennungsverfahrens S.430
3. Das Erfordernis der Gegenseitigkeit S.431
IV. Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse S.434

§ 27

Das Internationale Strafrecht S.436
I. Methodische Rechtfertigung S.436
II. Die völkerrechtlichen Grundlagen S.437
1. Die Präzedenzfälle S.437
2. Die Staatenpraxis S.438
III. Das Grundproblem des Widerspruchs von Befehlen S.443
1. Das Grundproblem von Zwang und Freiheit S.443
2. Das Phänomen der Normidentität S.443
3. Die Gebietshoheit als Grundlage des Verbots widersprechender Befehle S.445
4. Der Widerspruch von Befehl und Freiheit S.447
5. Das Sonderproblem des passiven Personalitätsprinzips S.451

§ 28

Das Internationale öffentliche Recht S.454

I. Der Begriff des Internationalen öffentlichen Rechts S.454

II. Das Internationale Steuerrecht S.456

III. Das Internationale Sozialversicherungsrecht S.461

IV. Das Internationale Verwaltungsrecht S.463

§ 29

Ausblick: Die Bedeutung der bisher ermittelten Grundsätze im Internationalen Privatrecht S.475

I. Die Gebietshoheit S.475

1. Der Grundsatz des stärkeren Rechts S.475
2. Das Internationale Deliktsrecht S.476
3. Das Internationale Sachenrecht S.484
4. Das Internationale Obligationenrecht S.485

II. Die Personalhoheit S.487

1. Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip S.487
2. Das völkerrechtliche Fremdenrecht S.489
3. Recht des Aufenthaltsstaates und Widerspruchsverbot S.491
4. Zusammenfassung S.493

III. Das Problem der Ausnahmen vom staatlichen System des Internationalen Privatrechts S.494

1. Gründe die in der Person des Beteiligten liegen S.495
2. Völkerrechtliche Illegitimität des an sich anzuwendenden fremden Rechts S.496
3. Vorbehalt des ordre public S.499

Zusammenfassung des dritten Abschnitts S.503

Abkürzungsverzeichnis

AD =	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
AJIL =	American Yearbook of International Law
All ER =	The All England Reports
BGE =	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
B.I.L.C. =	British International Law Cases
BYIL =	British Yearbook of International Law
C. c. =	Code civil
Ch. =	Law Reports, Chancery
C.I.J. =	Cour Internationale de Justice; Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances
CJC =	Codex Juris Canonici
Clunet =	Journal du Droit International
C.P.J.I. =	Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale
Curt =	Curteis' English Ecclesiastical Reports
D. =	Recueil Dalloz
Disp.prel.c.civ. =	Codice civile, disposizioni sulla legge in generale
F =	United States of America, Federal Reporter
F 2d =	United States of America, Federal Reporter Second Series
F. Supp. =	United States of America, Federal Supplement
I.C.J. =	International Court of Justice; Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
ILR =	International Law Reports
IMT =	Internationaler Militärgerichtshof, Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher
JIR =	Jahrbuch für Internationales Recht

K.B. =	Law Reports, King's Bench
L.Ed. =	Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, Lawyers' Edition
Lp.-P. =	de Lapradelle - Politis: Recueil des Arbitrages Internationaux
NE =	Northeastern Reporter (USA)
N.J. =	Nederlandse Jurisprudentie
NTIR =	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
P.C.J.I. =	Publications of the Permanent Court of International Justice.
Q.B. =	Law Reports, Queen's Bench
R.C.D.I.P. =	Revue Critique de Droit International Privé
RdC =	Académie du Droit International, Recueil des Cours
Rec TAM =	Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes
R.I.A.A. =	Reports of International Arbitral Awards
Riv.dir.int. =	Rivista di diritto internazionale
S. =	Recueil Sirey
SchwJIR =	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
Stuyt =	A.M. Stuyt: Survey of International Arbitral Awards
TGR =	Institut de Droit International, Tableau Général des Résolutions
UNTS =	United Nations Treaty Series
UNYB =	United Nations Yearbook
U.S. =	United States Reports; Cases Adjudged in the Supreme Court
U.S.C. =	United States Code
Wet A/B =	Wet van 15 mei 1829, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koningrijk
WVR =	Strupp-Schlochauer: Wörterbuch des Völkerrechts
ZfIntPStR =	Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht
ZGB =	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

E i n f ü h r u n g

Aufgabenstellung und Plan der Arbeit

P a s c a l überschreibt das II. Kapitel des ersten Teils der "Pensées": "Misère de l'homme". Unter deren Gründe zählt er auch die Ungerechtigkeit der menschlichen Gesetze, die er dadurch bewiesen sieht, daß deren Inhalt von Ort zu Ort wechselt. "Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà."[1]
Der Vorstellung, daß die Gerechtigkeit unteilbar sei, daß sie stets und überall zum gleichen Ergebnis führen müsse, steht die andere gegenüber: "Alles Recht ist Recht nur am rechten Ort."[2]
Beiden Sätzen kann eine gewisse Evidenz nicht abgesprochen werden. Den in ihnen liegenden Widerspruch aufzuheben, ist Aufgabe des Internationalen Privatrechts.
Dieser Aufgabe sollen die folgenden Ausführungen dienen. Sie wollen den Versuch wagen, das Internationale Privatrecht in den juristischen Kosmos einzugliedern, zu prüfen, wieweit das Internationale Privatrecht in die drei Bereiche der Allgemeinen Rechtslehre, der juristischen Wertlehre und des Völkerrechts eingeordnet werden kann, aber auch, wieweit die besonderen Probleme des Internationalen Privatrechts auf diese Gebiete zurückwirken.
Zwei Vorbemerkungen erscheinen veranlaßt über den Gegenstand der Arbeit und die einzuschlagende Methode:

I. Gegenstand der Arbeit soll das Internationale Privatrecht im weitesten Sinne des Begriffs sein. Die gesamte Materie der wissenschaftlichen Betrachtung in diesem Bereich hat sich

---

1) AaO. Nr.230.

2) Carl S c h m i t t , Der Nomos der Erde, S.67, ist der Meinung, es handle sich um einen "uralten Satz".

in einzelne Disziplinen, wie Internationales Verwaltungsrecht, Internationales Staatsrecht, Internationales Zivilprozeßrecht und andere mehr aufgefächert. Würde man diese Gebiete von vornherein aus der hier vorzunehmenden Betrachtung ausscheiden, so bestünde die Gefahr, daß Zueinadergehörendes willkürlich getrennt würde, ist doch durch die übliche Trennung in Einzeldisziplinen nicht schon bewiesen, daß das Materialobjekt nicht das gleiche bleibt; konkreter: Wenn man das Enteignungsrecht üblicherweise dem Internationalen Verwaltungsrecht zuweist, so hat es doch eine privatrechtliche Seite, die zumindest die Frage erlaubt, ob sich nicht aus der Erörterung dieses Phänomens Rückschlüsse auch für das allgemeine Internationale Privatrecht ergeben können. Daher soll der ganze Bereich des Normengrenzrechts betrachtet werden.

Gänzlich ausgeschlossen soll dagegen das interzonale Recht bleiben. Eine Auseinandersetzung mit dieser Materie, die über den Raum des Pragmatisch-technischen hinausdringen will, müßte es unternehmen, die Grundlagen, und damit die Rechtslage Deutschlands zu klären. Das würde aber Spezialuntersuchungen erfordern, die weit über den Rahmen der Arbeit hinausgreifen müßten.

II. Die anzuwendende Methode hat dem Umstand Rechnung zu tragen, daß das geistige Ringen um das richtige Normengrenzrecht noch in keiner Weise abgeschlossen ist, daß viel mehr als in anderen Disziplinen des Rechts vorschnelle Lösungen gefährlich sind. Daher soll ausgegangen werden von der Betrachtung der Phänomene. Die Problematik des Rechts wird besonders evident am Fall, daher soll auch eine möglichst große Anzahl von Fällen, d.h. von Gerichtsentscheidungen als Phänomen herangezogen werden. Normengrenzrecht soll dem Recht Grenzen setzen, es ist also ein Recht funktional über dem Recht. Das erlaubt es, gebietet es aber zugleich, vom Recht selbst als

Phänomen auszugehen. Darum ist eine induktive Methode geboten und gerechtfertigt.

III. In drei Kreisen soll sich die Untersuchung bewegen: Im ersten Abschnitt sollen die normlogischen Grundlagen erörtert werden, im zweiten die dikelogischen, im dritten die völkerrechtlichen. Jeder Abschnitt soll zugleich eine fortschreitende Stufe zur Konkretisierung darstellen.

1. Abschnitt: Die Einordnung des Internationalen Privatrechts in die allgemeine Rechtslehre

Plan des ersten Abschnitts

In den folgenden Ausführungen soll versucht werden, die Denkfigur des Internationalen Privatrechts in die Allgemeine Rechtslehre einzuordnen. Allgemeine Rechtslehre soll hier im Sinne einer Rechtsformenlehre verstanden werden, es soll versucht werden zu ermitteln, in welchen rechtlichen Formen das Internationale Privatrecht auftritt und zwar durch Heraushebung derjenigen Denkfiguren, die in jeder entfalteten Rechtsordnung zu finden sind.
Daher soll in diesem Abschnitt sowohl vom Inhalt, d.h. den hinter dem Internationalen Privatrecht stehenden Zwecken und Werten, als auch vom Einfluß des Völkerrechts abstrahiert werden.
Im einzelnen soll folgender Weg eingeschlagen werden: Die §§ 1 und 2 sollen eine modellartig gedachte Rechtsordnung gleichsam von innen betrachten um zu einer Bestimmung der Begriffe: Recht, Geltung und Rechtsordnung zu gelangen. In § 3 soll dann dieselbe, modellartig-abstrakt gedachte Rechtsordnung von außen angesehen werden, um eine Bestimmung des Grundphänomens, nämlich der normlogischen Differenz zwischen dem Umfang der Zuständigkeit der Organe einerseits, dem Umfang der materiellen Rechtsnormen andererseits, zu treffen. Die rechtstechnische Ausfüllung der Normenlücke durch Anwendung fremden Rechts oder durch richterliche Sachnormenschöpfung soll in ihren einzelnen Erscheinungsformen in § 4, die Rücknahme, die theoretische Abweisung bestimmter Normenkategorien, sowie die praktisch-prozessuale Behandlung in § 5 erörtert werden.

§ 1

Begriffsbestimmungen: "Recht", "Geltung"

I. Die Bestimmung des Begriffs "Recht"

Im Rahmen der hier vorzunehmenden Untersuchung ist es nicht möglich, eine allgemeingültige Begriffsbestimmung des Rechts zu treffen[1]. Sie kann nur näherungsweise und durch die Aufgabenstellung beeinflußt erfolgen. Eine Fragestellung, die sich mit dem Nebeneinander von Rechtsordnungen befaßt, muß den Begriff des Rechts weit, eher zu weit als zu eng nehmen um alle Phänomene erfassen zu können.

1. Auszugehen ist vom Phänomen der menschlichen Gemeinschaften, d.h. von Gruppen von Menschen, die sich für den Betrachter als Einheit in irgendeiner Weise von anderen Gruppen unterscheiden[2].
Diese Unterscheidung läßt sich treffen:

(1) auf Grund des psychologischen Phänomens eines nach außen erkennbaren Zusammengehörigkeitsgefühls;

(2) auf Grund eines gleichartigen Verhaltens der Gruppenangehörigen, das den Schluß auf die Existenz von Normen zuläßt, die solches Verhalten bestimmen[3].

Aus diesen Faktoren kann sich für die Gemeinschaft ein spezifisches geistiges Milieu ergeben[4], ein "Gemeingeist" als objektiver Geist der Gemeinschaft[5].

2. Die Gleichartigkeit des Verhaltens, die der Beobachtung zugänglich ist, reicht aber nicht aus, um den Schluß auf die Existenz von Rechtsnormen zu erlauben. Einerseits beruht nicht jedes regelmäßige Verhalten auch auf einer "geforderten Regelmäßigkeit"[6], andererseits führt auch nicht jede geforderte Regelmäßigkeit zu einer hinter ihr stehenden Rechts-

---

1) Zur Methode s. Z i p p e l i u s , Das Wesen des Rechts, S.3 ff.

2) Gemeinschaft wird hier als Gesellschafts-Integrat im Sinne Theodor G e i g e r s verstanden (Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S.43).

3) Z i p p e l i u s , aaO., S.147 f.

4) Z i p p e l i u s , aaO., S.248.

5) Z i p p e l i u s , aaO., S.32 ff., H e n k e l , Einführung in die Rechtsphilosophie, S.28 ff.

6) H e l l e r , Allgemeine Staatslehre, S.85 f.

norm, denn "genau der gleiche Norminhalt (kann) als Gebot der Religion, der Moral, der Konvention und des Rechts ausgesprochen werden"[1].

Aus dem gesamten sich in diesem angegebenen Bereich bildenden Komplex von Verhaltensnormen müssen die Rechtsnormen als besondere Kategorie herausgehoben werden. Es muß sich also um Normen handeln, die sich durch ein besonderes, zusätzliches Merkmal auszeichnen.

Damit stellt sich ein Erkenntnisproblem: Woran kann der Betrachter erkennen, ob ein gleichartiges Verhalten innerhalb einer Gemeinschaft einer Rechtsnorm und nicht einer Norm der Sitte oder Konvention entspricht?

Untersucht man die Definitionen des Rechts, die bisher unternommen wurden, so zeigt sich, daß sie an verschiedenen Kriterien anknüpfen, so daß sie sich überschneiden[2]:

(1) So wird einmal der Charakter einer Norm als Rechtsnorm durch die Sanktion geprägt, das Wahrscheinlichkeitsurteil, das auf einen Verstoß gegen die Norm
   (a) entweder nur durch bestimmte, ausgewählte Angehörige der Gemeinschaft, die sog. Organe[3];
   (b) oder durch jeden Gemeinschaftsangehörigen, im Wege der Selbsthilfe[4]

   ein Übel gegen den Übertreter verhängt wird.

   Dieser Rechtsbegriff wird aber von einem anderen überlagert, der nicht auf die Folge des Verstosses, sondern auf die Entstehung der Norm abstellt.

---

1) H e l l e r , aaO., S.184.

2) Zu den möglichen Definitionen des Rechts s. Roscoe P o u n d , An Introduction to the Philosophy of Law, S.25 ff.

3) So z.B. die "Wiener Schule", für die Rechtsnorm eine hypothetische Aussage über das Verhalten der Staatsorgane ist, s. K e l s e n , Reine Rechtslehre, S.31 ff.

4) Um diese Möglichkeit in die Definition einzuschließen, definiert Gerhard H o f f m a n n , (Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, S.9) die Rechtsnorm als "Verpflichtung zur Duldung von Zwang".
Ohne Einbeziehung des Subjekts der Sanktion wird die Norm auch von W e n g l e r (Völkerrecht Bd.I, S.22) definiert.

(2) Eine zweite Gruppe von Definitionen bestimmt die Rechtsnorm als eine Norm, die von einer bestimmten Person oder von bestimmten Personen in einer bestimmten Form verkündet wurde[1]. Ein Unterfall dieser Definition ist die Bestimmung der Rechtsqualität durch die Annahme einer göttlichen Offenbarung, denn auch in diesem Fall erfolgt die Vermittlung durch bestimmte Personen und in bestimmten Formen[2].

(3) Eine für zahlenmäßig kleinere Gruppe wichtige Form von Rechtsnormen ist diejenige der durch die Überlieferung bestätigten Verhaltensnormen. Rechtsnorm ist danach eine Norm für menschliches Verhalten, die schon immer in gleicher Weise befolgt und in ihrer Verbindlichkeit unangefochten war[3].

---

1) Diese Definition erfaßt insbesondere das gesetzte Recht des modernen Staates, aber auch das Recht der Kirchen.

2) Unter diese Definition fällt das Jus divinum der kath. Kirche, s. dazu E i c h m a n n - M ö r s d o r f , Bd.I, S.18 und can. 27 § 1 1. Halbsatz CJC.
Zur Gruppe der geoffenbarten Rechte gehört auch weitgehend das islamische Recht. Die Sharia, das zumindest in der Theorie unabänderliche geoffenbarte Recht, besteht aus folgenden Quellen:
   1. dem Koran,
   2. der Sunna, dem von der Tradition überlieferten Verhalten des Propheten, sowie den Fethwas, den von ihm abgegebenen Gutachten,
   3. der Idjma, der von allen islam. Rechtsgelehrten der klass. Zeit einmütig geteilten Rechtsauffassung,
   4. dem Kiyas, der analogen Deduktion aus diesen Quellen.
S. dazu S c h n i t z e r , Vergleichende Rechtslehre, Bd.I, S.343; A n d e r s o n , Islamic Law in the Modern World, S.1 ff.

3) Eine Rechtsauffassung, die weitgehend im mittelalterlichen deutschen Recht vorherrschte, s. dazu K e r n , Recht und Verfassung im Mittelalter, S.11 ff.

Diese Gruppe stellt das Bindeglied dar von den gesetzten zu den erkannten Normen.

(4) Eine weitere Gruppe von Rechtssätzen läßt sich aus der rechten Erkenntnis der Dinge und Beziehungen ableiten[1]. Dazu gehören die Normen, die sich aus der Natur des Menschen, aber auch aus der als richtig erkannten Ordnung der Gemeinschaft ableiten lassen[2].

Aus den drei letzten Bestimmungen ergibt sich, daß es entscheidend auf die Erkenntnis oder den Willen von bestimmten Personengruppen ankommt, den Rechts-Kundigen einer bestimmten Gemeinschaft[3]. Aber die Struktur bestimmter Gemeinschaften kann darüber hinaus noch genauere Bestimmungen notwendig machen. In der hochentwickelten Gesellschaft des modernen Staates kann die Unterscheidung zwischen der Rechtsansicht eines Rechtslehrers und einem Urteil, das der gleiche Mann als Richter spricht, nur nach der Form getroffen werden, in der die Aussprüche erfolgen. Diese Form wird aber wiederum durch Normen bestimmt, denen man die Rechtsqualität nicht von vornherein absprechen darf. Damit besteht die Gefahr,

---

1) Unter diese Definition gehört der ganze Bereich des Naturrechts, soweit es nicht auf einem geoffenbarten Willen Gottes, sondern auf der Erkenntnis der "rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses" beruht (so die Definition M o n t e s q u i e u s der "lois", De l'ésprit des lois, Livre I, Chpt. 1).
Auch in der sowjetischen Rechtslehre wird diskutiert, wieweit das Recht, als Phänomen des Überbaus, von vornherein inhaltlich bestimmt ist, und wieweit es den Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers unterliegt, s. dazu L u c a s , Quellen und Formen des Sowjetrechts, S.27 ff.

2) Einen aus der rechten Erkenntnis der Dinge abgeleiteten Rechtsbegriff vertritt - zumindest für gewisse Bereiche - S c h n e r r v o n C a r o l s f e l d (AcP Bd.15, S.144, Fn.1; Arbeitsrecht, S.19; Festschrift für Hans Liermann, S.223, Fn.7; ArchVR Bd.13, 1966, S.145 ff.). Er relativiert aber dann seine Erkenntnisse dadurch, daß er die erkannte Ordnung der Welt auf geglaubten Vordersätzen ruhend annimmt.

3) Zur Bedeutung dieser Gruppe für das Rechtsbewußtsein gerade im modernen Staat s. Z i p p e l i u s , NJW 1964, S.1986 f.

daß unvermeidlich in die Definition des Rechts bereits der Rechtsbegriff aufgenommen werden müßte. Andererseits paßt die allein von der Sanktion her unternommene Bestimmung der Rechtsnorm möglicherweise nur auf die moderne, gesetzte Norm des staatlichen Rechts[1].
Aus diesem Grunde soll hier eine andere Definition versucht werden.

3. In jeder organisierten Gemeinschaft gibt es Menschen, die Autorität genießen. Das kann zur Folge haben, daß ihre Entscheidungen über Lebensverhalte verbindlich sind in dem Sinne, daß sich die an dem Sachverhalt Beteiligten bei einer Nichtbefolgung der Entscheidung der organisierten oder nicht organisierten Sanktion aussetzen. Solche Personen sollen als Organe der Gemeinschaft bezeichnet werden[2].
Hier wird man drei Gruppen unterscheiden können, die dem Typ der jeweiligen Gemeinschaft entsprechen.

(1) Menschen, deren Autorität sich aus ihrer Person selbst ergibt. Diese Gruppe kommt nicht nur in der primitiven Gesellschaft vor, sondern auch in der hochentwickelten Gesellschaft des modernen Staates, wobei sich die Autorität auf wirtschaftliche Macht, aber auch auf Erfahrung und Gelehrsamkeit gründen kann;

(2) Menschen, deren Stellung als Organ sich aus dem ihnen von der Gemeinschaft übertragenen Amt ergibt. In diesem Falle besteht wiederum die Schwierigkeit, daß sich die als Amt wahrgenommene Funktion oft nur aus Rechtsnormen erkennen läßt. Bestimmte Typen, wie z.B. die Gestalt des Richters erlauben aber eine annähernde soziologische Umschreibung.

(3) Soweit in einer Gesellschaft Personen der ersten beiden Gruppen nicht bestehen, kann jeder einzelne für sich, aber zumeist auch für den anderen verbindlich

---

1) So Z i p p e l i u s , Das Wesen des Rechts, S.5 ff.

2) Hier soll also von einem soziologischen Begriff des Organs ausgegangen werden. Der juristische Organbegriff, wie ihn etwa N a w i a s k y (Allgemeine Rechtslehre, S.111) verwendet, ist hier nicht brauchbar, weil er nur durch den Rechtsbegriff selbst definiert werden kann.

entscheiden, indem er etwa die Herausgabe eines Gutes, oder den Abschluß eines Vertrages ablehnt.

Diese Bestimmung bedarf noch einer Ergänzung. Nicht jeder Machtmensch soll und kann als Organ der Gemeinschaft angesehen werden, der er angehört; auch nicht jede Entscheidung ist in diesem Sinne für die hier gegebene Fragestellung interessant. Es kommt vielmehr nur auf die Entscheidungen an, die das Organ nach dem Recht treffen will, bei denen es gerecht handeln oder negativ formuliert, bei denen es nicht nach Willkür handeln will.

Hier steht also eine spezifische Motivation der Entscheidung in Frage, die nicht nach anderen, nichtrechtlichen Sachbezogenheiten erfolgt, wie etwa technischen oder pädagogischen Kunstregeln, sondern die nach dem innerhalb der Gemeinschaft bestehenden Kanon des Gerechten und Ungerechten vermittels darauf bezogener Argumente getroffen wird.

Dies ist hier noch genauer darzustellen[1]. Der Wille des Menschen, gerecht zu handeln, zwingt ihn dazu sein Handeln zu überdenken. Selbst dort, wo die Entscheidung nach dem Rechtsgefühl erfolgt, muß ein Abwägen von Argumenten zumindest in allen komplizierten Fällen vorgenommen werden. Wenn in einer Gesellschaft die Techne der gerechten Problemlösung Vorrecht eines gewissen Standes wird, entsteht eine Konvention der Topoi, die zur Lösung eines Problems zugelassen sind. Die moderne Gesetzgebung bewirkt eine autoritäre Fixierung solcher Topoi und zugleich den autoritären Ausschluß aller anderen, sie ist also nur ein Unterfall des Phänomens. Damit ist eine vorläufige Definition des Rechts möglich:

Recht ist danach der Inbegriff aller von den Organen einer Gemeinschaft zur rechtlichen Entscheidung über Lebenssachverhalte verwendeten Topoi[2].

---

1) Zum Folgenden grundlegend: V i e h w e g , Topik und Jurisprudenz.

2) Vgl. dazu die im American Restatement of the Law of Conflicts of Law gegebene Definition des Rechts:
(§ 2) "Law is the body of principles, standards and rules which the courts of a particular state apply in the decision of controversies brought before them."
Die Aufzählung der Bestandteile einer Rechtsordnung bedeutet dabei folgendes (nach E s s e r , Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, jeweils mit weiteren Nachweisen):

Auch für die Gemeinschaften, in denen der einzelne Rechtsgenosse weitgehend selbst Organ ist, handelt er nur dort als solches, wo er sein Handeln rechtlich motiviert. Auf die Gemeinschaft des Völkerrechts bezogen, bedeutet dies, daß ein Staat dann, aber auch nur dann als Organ der Völkerrechtsgemeinschaft handelt, wenn er sein Handeln durch die überkommenen Topoi des Völkerrechts rechtfertigt oder zumindest versucht, neue Topoi allgemein einzuführen.

4. Das Gesetz des modernen Staates, in dem Gewaltenteilung herrscht, ist eine Form der verbindlichen Festlegung von Topoi für alle rechtsanwendenden Organe[1]. Das Recht erschöpft

---

"Rule" ist ein vom Gesetzgeber oder durch Präjudizienbindung in seinem Inhalt genau festgelegter Rechtssatz (aaO., S.94);
"Principle" ist eine inhaltlich bestimmte Regel der richterlichen Technik, deren Verbindlichkeit nicht durch gesetztes Recht oder Präjudizienbindung festgelegt ist (aaO., S.94 f.);
"Standard" ist die Verweisung auf das Verhalten oder die Rechtsanschauungen der Gemeinschaftsangehörigen (aaO., S.96).
Dieser Rechtsbegriff erlaubt die Voraussage, wie die Organe einer bestimmten Gemeinschaft auf ein bestimmtes Verhalten reagieren werden, vgl. dazu Richter H o l m e s im Falle: American Banana Co., v. United Fruit Co (1909 213 U.S. 347):
"Law is a statement of the circumstances, in which the public force will be brought to bear upon men through the courts."
S. weiter C o o k , The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws (zitiert nach dem Sammelband: Selected Readings on the Conflict of Laws, S.86):
"Our statements of the 'law' of a given country are therefore 'true' if they accurately and as simple as possible describe the past behaviour and predict the future behaviour of these societal agents (scil. Richter, Gesetzgeber). A statement, for example, that a certain 'rule of law' ist the 'law of England' is therefore merely a more or less convenient shorthand way of saying that, on the basis of certain observations of past phenomena,we predict certain future behaviour of the appropriate English officials."

1) Die andere Möglichkeit, bestimmte Topoi verbindlich zu machen, ist die Bindung an Präjudizien, s. dazu D a v i d, Die Bindung des Richters an das Präjudiz im englischen Recht.

sich aber nicht in solchen Normen, es gibt vielmehr auch im modernen Staat einen Bereich umstrittener Topoi[1], ja sogar, wie noch darzustellen sein wird, einen Bereich der konkreten Rechtsgestaltung, die überhaupt nicht mehr nach allgemein verbindlichen Gesichtspunkten erfolgt.
Nur eine Untergruppe aller Rechtssätze besteht aus Geboten an die Rechtsgenossen, aus Imperativen[2]. Rechtliche Imperative sind ein wichtiger Teil des Rechts, aber sie sind nicht das Recht schlechthin. Das wird durch folgende Erkenntnis erhärtet: Die Kenntnis der von den Organen einer Gemeinschaft zur rechtlichen Entscheidung von Lebenssachverhalten verwendeten Topoi erlaubt ein Urteil über Recht und Unrecht innerhalb dieser Gemeinschaft. Der Verstandesakt, durch den der Beobachter die üblicherweise oder notwendigerweise angewendeten Topoi zu einer Norm gestaltet, gibt ihm zugleich den Kanon des Rechtmäßigen und Rechtswidrigen in dieser Gemeinschaft an die Hand. Die so gewonnene Rechtsnorm ist für ihn Bewertungsnorm.
Für den, an den ein Rechtsbefehl adressiert wird, ist aber die Rechtsnorm Bestimmungsnorm. Beide Normgruppen fallen nicht zusammen, die erste ist größer als die zweite, wie das Beispiel der modernen Gefährdungshaftung zeigt. Hier ist an den einzelnen kein Befehl gerichtet, den Betrieb des gefährlichen Unternehmens zu unterlassen. Tritt eine Schädigung ein, so ist eine Aussage möglich und sinnvoll, daß ein bestimmter Zustand rechtswidrig ist, und durch bestimmte Leistungen ein Ausgleich zu erfolgen hat, aber der Schädiger hat nicht einem rechtlichen Imperativ entgegen gehandelt.

Zusammenfassend läßt sich feststellen:
Das Recht einer Gemeinschaft ist die Gesamtheit aller von den Organen dieser Gemeinschaften zur rechtlichen Entscheidung über Lebenssachverhalte verwendeten Topoi.

---

1) Zum Verhältnis von Topik und System im modernen Zivilrecht vgl. D i e d e r i c h s e n , NJW 1966, S.704 ff.

2) Zur Klassifizierung der Normen innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung s. N a w i a s k y , Allgemeine Rechtslehre, S.264 ff.

Aus einem inhaltlich klaren Topos, dessen Anwendung für die Organe verbindlich ist, läßt sich eine Rechtsnorm gewinnen. Aus dieser Norm ist für den von ihr erfaßten Sachverhalt ein Maßstab von Recht und Unrecht zu entnehmen. Die Gesamtheit aller Normen ist kleiner als die Gesamtheit aller Topoi. Einen Unterfall der Normen stellen die von den Organen an die einzelnen gerichteten allgemeinen oder besonderen Imperative dar.
Es gibt Topoi, aus denen, weil sie umstritten oder inhaltlich nicht genügend geklärt sind, keine allgemeine Norm entnommen werden kann; es gibt weiter auch Normen, die keine Bestimmung enthalten, und in diesem Sinne auch gar nicht befolgt werden können.

II. Der Begriff der Geltung

1. Die Beobachtung zeigt, daß es einen Prozeß der Wandlung in bezug auf die üblicherweise verwendeten Topoi gibt. Bestimmte Topoi fallen weg, neue werden eingeführt, und zwar, wie noch zu zeigen sein wird, auf verschiedene Weise. Daher kann in einer groben Näherungsformel die Behauptung gewagt werden: Wenn ein Topos in einer Gemeinschaft üblicherweise zur Lösung von Rechtsstreitigkeiten verwendet wird, dann "gilt" er dort.
Dieser grobe Begriff der Geltung muß hinreichen für Gemeinschaften, deren Rechtsbildung unorganisiert ist, also im wesentlichen auf Gewohnheitsrecht beruht. Kennzeichen dieser Rechtsbildung, die entscheidend auf das Rechtsbewußtsein aller Gemeinschaftsangehörigen abstellen muß[1], ist eine "graue Zone" ein Bereich, in dem die Geltung eines Topos noch nicht oder nicht mehr gesichert ist, in dem seine Anwendung aber durchaus noch möglich ist.

---

1) S. dazu E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y , Bd.I, S.263 ff.

2. Dieser grobe Begriff der Geltung kann in den besser organisierten Gemeinschaften genauer gefaßt werden. Sie kennen nämlich Regeln über die Verbindlichkeit der Topoi für ihre Organe, Vorschriften darüber, wann eine Norm verbindlich wird in dem Sinne, daß sie von den Organen dieser Gemeinschaft angewendet werden muß und wann diese Verbindlichkeit endet[1]. In diesem Falle kann also die Geltung einer Norm an solchen spezifischen Voraussetzungen abgelesen werden, die fixierten Voraussetzungen sind Erkenntnisgrund für die Geltung der Norm, "Rechtsquelle"[2].

Daraus folgt:

a) So wie der Richter die inhaltlich fixierte Norm als Topos für die Lösung der ihm zur Entscheidung vorgetragenen Rechtsprobleme anwendet, wendet er auch dessen Geltungsvoraussetzungen an[3].

b) Ob eine Norm in diesem Sinne gilt, kann nur für die jeweilig betrachtete Gemeinschaft festgestellt werden, es gibt kein allgemeines Kriterium, das über den Bereich einer Gemeinschaft hinausreicht[4].

---

1) Die Vorschriften der modernen Verfassungen über das Inkrafttreten von Gesetzen sind das wichtigste Beispiel für diese Gruppe.

2) Dieser Begriff der Rechtsquelle stammt von Alf R o s s , Theorie der Rechtsquellen, S.291 f.

3) M o r e l l i (Diritto processuale civile internazionale, S.55 ff.) überprüft den Syllogismus des Urteils und stellt fest, daß dem endgültigen Syllogismus "sillogismi strumentali" zur Bildung des Obersatzes vorausgehen.
S.56: "... anche la posizione della premessa maggiore è il risultato di un sillogismo, del quale la premessa maggiore è costituita dalla norma sulla produzione giuridica e la premessa minore dal fatto di produzione giuridica e la conclusione esprime la giuridicità della norma che, poi, viene posta come premessa maggiore del sillogismo finale. Anzichè un solo sillogismo strumentale, può aversi una serie di sillogismi, il primo dei quali ha come premessa maggiore la norma fondamentale sulla produzione giuridica."

4) A g o , Lezioni di Diritto internazionale privato, parte generale, S.1: "La giuridicità di una norma in un'ordinamento dato è un carattere che vale esclusivamente entro quell'ordinamento."
S.2: "La giuridicità di un ordinamento ... non può essere dimostrata che dall'esperienza e dalla storia."

3. Dieser normative Begriff der Geltung deckt sich aber nicht mit der obigen Definition des Rechts. Gerade die Beobachtung der Gerichtspraxis zeigt, daß die normativ bestimmte Geltung der Rechtsnorm nicht notwendig in jedem von der Norm beschriebenen Fall zu ihrer Anwendung führen muß. So kennen auch Rechtsordnungen mit einem durchgehend kodifizierten Privatrecht das Phänomen der richterlichen Durchbrechung der Gesetzesnorm[1]. Dies wird bereits durch die in den Gesetzbüchern selbst eingebauten Sicherheitsventile deutlich gemacht[2].
Daraus ergibt sich, daß sich von der normativen Geltung nur ein Wahrscheinlichkeitsschluß auf die tatsächliche Anwendung ziehen läßt. Wiederum ist von der tatsächlichen Anwendung durch die Organe nur ein Wahrscheinlichkeitsschluß auf die Befolgung der Norm durch die Angehörigen der Gemeinschaft möglich[3].
Diese verschiedenen Stufen der Geltung eines Rechtssatzes stehen aber in einem Zusammenhang. Eine nicht durchsetzbare Norm kann auch die Richter zur Nichtanwendung veranlassen, die dauernde Nichtanwendung kann dazu führen, daß auch die normative Geltung endet[4]. Nowendig ist dieser Zusammenhang im Sinne einer rechtlichen Logik aber nicht[5].

4. Die Geltung einer Norm im normativen Sinne endet, wenn die dafür vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, die Geltung im tatsächlichen Sinn endet, wenn ihre Anwendung durch die Organe nicht mehr wahrscheinlich ist. Wiederum ist von der normativen auf die tatsächliche Geltung ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich.

---

1) S. dazu besonders E s s e r , Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S.141 ff.

2) Wie etwa § 242 BGB, Art.1 des schweizer.ZGB, art.4 frz. Code civil, Art.13 der niederl. "Wet houdende algemeene bepalingen der Wetgeving van het Koningrijk".

3) Vgl. dazu Z i p p e l i u s , Das Wesen des Rechts, S.30 ff.

4) Die sog. Desuetudo.

5) So scheint das englische Recht diese Regel nicht zu kennen, s. dazu den bei R a d b r u c h , Der Geist des englischen Rechts, S.11 f., aufgeführten Fall Abraham Thornton.

Von einer Norm kann also in diesem doppelten Sinne ausgesagt werden, daß sie gilt oder daß sie nicht gilt. Davon sind aber folgende andere Aussagen zu unterscheiden:

a) Ein Topos wird normalerweise verwendet, um einen Lebenssachverhalt gerecht zu lösen. Tritt aber die Fixierung der Topoi durch die Norm ein, so kann dadurch ein konkretes Ergebnis als ungerecht empfunden werden. Das kann umsomehr der Fall sein wenn der fixierte Topos, also das Gesetz selbst ungerecht ist. Dieses Urteil kann nur auf verschiedene Weise gefällt werden, je nach dem Vergleichsmaßstab, den man dazu heranzieht[1]. Maßstab kann das Gerechtigkeitsgefühl eines einzelnen sein, dann wird das Unwerturteil regelmäßig ohne Bedeutung bleiben. Ist der Maßstab aber das Gerechtigkeitsgefühl, das in der Gemeinschaft vorherrscht, insbesondere im Kreise der Rechtskundigen, dann kann seine tatsächliche Geltung in Frage gestellt werden, ohne daß die normative Geltung berührt wird. Daraus kann sich ein Machtkampf zwischen den Organen der Rechtspflege und dem Gesetzgeber ergeben, der mit rechtlichen Mitteln nicht mehr entschieden werden kann, sondern zur Machtfrage wird[2]. Das Urteil über die Gerechtigkeit einer Fallentscheidung oder die Gerechtigkeit einer Norm kann aber auch mit den Maßstäben einer anderen Gemeinschaft gefällt werden. Dann wird es für die Gemeinschaft von deren Organen die Norm oder die einzelne Entscheidung erlassen wurde, in der Regel unbeachtlich bleiben, es wird aber dann bedeutsam, wenn die Organe der anderen Gemeinschaft mit der Norm in Berührung kommen.

Vgl. dazu den ausdrücklichen Ausschluß der Desuetudo für formelle Gesetze in art.5 des span. Codigo civil. Ähnlich artt.15 disp. prel. cod. civ. (it.), art.5 der niederl. "Wet houdende algemeene bepalingen der Wetgeving van het Koningrijk".

1) Dazu, daß ein solches relatives Urteil denkbar ist, s. G ø l d s c h m i d t , Der Aufbau der juristischen Welt, S.5 f.

2) Vgl. den Machtkampf zwischen dem Supreme Court und Präsident Roosevelt, s. dazu Mc C l o s k e y , The American Supreme Court, S.161 ff.

b) Gleiche Erwägungen gelten, wenn ein fixierter Topos oder eine Entscheidung des Einzelfalls zwar als nicht ungerecht, aber als nicht sachgerecht bezeichnet werden muß, wenn also etwa den Realfaktoren des Rechts innerhalb der Gemeinschaft nicht Rechnung getragen wird[1]. Auch dann kann - unabhängig von der normativen Geltung - die tatsächliche Geltung in Frage gestellt sein.
Wieweit sich die Organe einer anderen Gemeinschaft ein Urteil darüber erlauben können, ob eine fremde Norm oder fremde Lösung sachgerecht ist oder nicht, wird man nur im Einzelfall entscheiden können. Wiederum kann das Urteil darüber verschieden ausfallen, je nachdem die Realfaktoren der ersten oder der anderen Gemeinschaft als Maßstab herangezogen werden.

Zusammenfassend läßt sich feststellen:
Betrachtet man eine Rechtsordnung, so ist zwischen der normativen und der tatsächlichen Geltung der Normen zu unterscheiden. Die normative Geltung wird von den in dieser Gemeinschaft bestehenden Regeln über die Geltung bestimmt, sie kann an Hand dieser Regeln beurteilt werden.
Dagegen gilt eine Norm tatsächlich, wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, daß sie von den Organen dieser Gemeinschaft angewendet wird. Diese Wahrscheinlichkeit wird durch die normative Geltung begründet.
Die Ungerechtigkeit oder sachliche Unangemessenheit einer Norm kann dazu führen, daß die tatsächliche Geltung erschüttert wird.

---

1) Das Problem des ordre public s. unten, S. 63 ff.

§ 2

Die Rechtsordnung

Aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen drängt sich bereits eine vorläufige Definition der Rechtsordnung auf: Sie ist die Gesamtheit aller von den Organen einer Gemeinschaft zur rechtlichen Lösung von Streitigkeiten in der Zeit der Betrachtung verwendeten Topoi.
Aus dieser Bestimmung geht aber bereits hervor, daß sich die Rechtsordnung nur in der Momentaufnahme als statisch erweist, sie wandelt sich von Zeitpunkt zu Zeitpunkt, da über den Bereich der regelmäßig verwendeten Topoi hinaus, ständig neue versucht werden, teils ausgelöst durch die neuartigen Sachverhalte, teils durch eine kritische Haltung gegenüber dem Überkommenen bestimmt. Der daraus hervorgehende Eindruck eines Chaos würde aber für die meisten Gemeinschaften nicht zutreffen. Die Rechtsordnung ist regelmäßig geordnetes Recht, geordnete Topoi, sie kennt nur in Randzonen ungeordnete und ungesicherte Bereiche.

I. Die Rechts-Ordnung

1. Die Rechtsordnung einer Gemeinschaft muß Regeln darüber enthalten, wer als Organ dieser Gemeinschaft, wessen Entscheidung also als verbindlich anzusehen ist[1]. Sobald die Gemeinschaft den Kreis ihrer Angehörigen soweit gezogen hat, daß die auf unmittelbarer Kenntnis beruhende Autorität nicht mehr gewährleistet ist, muß die Trennung von Amt und Person eingreifen, die Kennzeichen einer entwickelten Rechtsordnung ist, und die nur durch Rechtsnormen vollzogen werden kann. Eine entwickelte Rechtsordnung wird also Normen enthalten, die bestimmen, welche Personen unter welchen Umständen als Organe dieser Gemeinschaft auftreten, wann ihre Entscheidungen für wen verbindlich sein sollen. Unter dieser Voraussetzung läßt sich auch eine rechtliche Definition des Organbe-

---

1) S. dazu N a w i a s k y , Allgemeine Rechtslehre, S.111 ff.

griffs gewinnen: Organ ist ein bestimmter Mensch dann, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen seine Äußerungen nicht ihm selbst, sondern der Gemeinschaft zugerechnet werden. Diese Zurechnung ist aber das Ergebnis von Rechtsnormen[1].
Rechtsnormen die bestimmen, wer wann als Organ der Gemeinschaft anzusehen ist, zeichnen sich regelmäßig durch eine gewisse Klarheit und Bestimmtheit aus, für das Unbestimmte, der Topik ist in diesem Bereich wenig Raum, denn die Institutionen der Gemeinschaft können nicht der Kunst des Problemdenkens überlassen bleiben. Mindestens in einem Kernbereich muß Gewißheit und Sicherheit gegeben sein.

2. Auch ein zweiter Kreis von Normen wurde bereits erwähnt: Die Gruppe der Rechtssätze, die Beginn und Ende der Geltung von Rechtssätzen bestimmen. Auch diese Kategorie findet sich erst in entwickelten Gemeinschaften. Daraus folgt aber, daß es sich bei diesen Sätzen um echte Rechtsnormen handelt, nicht etwa um ein logisch vorgegebenes Meta-Recht[2]. Das er-

---

1) Daher kann man ein Organ der Rechtsordnung zurechnen, aus dessen Normen seine Entscheidungen ihre Verbindlichkeit ableiten. S. dazu H o f f m a n n , Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, S.160; C a s s e s e , Il diritto interno nel processo internazionale, S.20 verlangt für ein "tribunale internazionale" "due requisiti": "1. che sia una norma internazionale a conferire al tribunale il potere di giudicare e
2. che tale tribunale applichi in via principale il diritto internazionale, o statuisca ex aequo et bono, creando norme giuridiche internazionali."
Auf die zweite Voraussetzung kann es aber nicht ankommen. Zwei Staaten können nämlich durch Vertrag ein Schiedsgericht begründen, das eine privatrechtliche Frage nach dem Recht des einen Beteiligten zu entscheiden hat, etwa, in welcher Weise er die auf dem privaten Kapitalmarkt aufgenommenen Anleihen zu erfüllen habe. Dieses Gericht müßte trotzdem als völkerrechtliches Gericht angesehen werden, denn die Verbindlichkeit seiner Entscheidung leitet sich letztlich aus dem Schiedsvertrag und damit aus der völkerrechtlichen Norm: pacta sunt servanda, ab.

2) Zum Verhältnis von Rechtsnorm und Meta-Recht in diesem Bereich s. V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.258 ff.

hellt schon daraus, daß man solche Regeln nicht als notwendigen Bestandteil einer Rechtsordnung ansehen muß und daß sie nur einer bestimmten Kategorie von Recht, nämlich dem gesetzten Recht zugeordnet werden können. Sie sind, genau wie der moderne Amtsbegriff, das Produkt einer bestimmten Entwicklungsstufe der Gemeinschaft. Darüber hinaus lassen sie, wie bereits erörtert, auf die tatsächliche Anwendung nur einen bedingten Schluß zu.

3. Die Rechtsordnung einer entwickelten Gemeinschaft enthält eine dritte Gruppe von Normen, die von allergrößter Bedeutung sind: Normen, die den Rang anderer Normen bestimmen. Als Ergebnis solcher Normen, wird die Rechtsordnung zu einem Stufenkosmos ausgebaut[1]. Dazu ist nötig:

a) Eine Gruppe von Normen, die den Rang der anderen Normen festlegt. Als bestimmendes Kriterium bietet sich die Art der Normerzeugung an[2], die dann eine Ausfächerung der Gesamtheit aller Normen in Kategorien wie: Verfassungsrecht, Gesetzesrecht, Verordnungsrecht, zuläßt.
Diese Pyramide hätte keinen Sinn, wenn ein Widerspruch zwischen dem "unteren" und dem "oberen" Recht ohne Folge bliebe. Daher muß die den Rang bestimmende Norm noch eine weitere Regelung enthalten, nämlich:

b) Die Bestimmung der Rechtsfolge des Widerspruchs.
Auch hier zeigt die Beobachtung, daß die Rechtsfolge des Widerspruchs nicht notwendig in der Unanwendbarkeit der widersprechenden niedrigeren Norm bestehen muß. Im Gegenteil, hier sind verschiedene Regelungen denkbar:

i) Die der höheren widersprechende niedrigere Norm ist für alle Organe unanwendbar, "nichtig"; wobei wiederum unterschieden werden kann, ob

---

1) Zu den diesem Bild zugrunde liegenden Vorstellungen und den dazu vertretenen Theorien s. V o g e l , aaO., S.241 ff.
2) Vgl. dazu die Kollisionsnormen, die das Verhältnis von gesetztem Recht und Gewohnheitsrecht regeln, wie art.5 und art.6 Abs.2 des span. Codigo civil, artt.15 disp. prel. cod. civ. (it.), Art.1 Abs.2 des schweizer. ZGB, art.3 der niederl. Wet A/B.

(1) jedes Organ für sich selbst den Widerspruch feststellen kann, oder[1]

(2) ein bestimmtes Organ mit verbindlicher Wirkung für alle entscheidet[2].

ii) Es kann aber auch eine Regelung des Inhalts getroffen werden, daß nur das Organ, das die Norm erlassen hat, ihren Widerspruch zu höheren Normen prüfen und gegebenenfalls bejahen darf. Ist das erlassende Organ ein Parlament, so kann die Rechtsfrage des Widerspruchs zur reinen

---

1) So z.B. die Rechtslage unter der Weimarer Verfassung, s. dazu A n s c h ü t z , Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art.70, Anm.5. So ist auch die Rechtslage in den USA seit der Entscheidung des Supreme Court im Falle Marbury v. Madison, 1803, 2 LEd., Sp.136 ff. Zur weiteren Entwicklung s. L o e w e n s t e i n , Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der V.St., S.420 ff.

2) So die Rechtslage in der BRD. S. dazu H o f f m a n n , JZ 61, S.133 ff. Dabei kann die widersprechende Norm rückwirkend als von Anfang an nichtig behandelt werden (so das BVerfG im Südweststaat-Urteil, BVerfGE Bd.1, 14/37, das BVerfG hat aber seinen Standpunkt selbst nicht konsequent durchgeführt, vgl. dazu H o f f m a n n , aaO., S.197 f.). Andererseits kann bestimmt werden, daß die widersprechende Norm erst mit Ausspruch des Urteils außer Kraft tritt:
So lautet artt.136 I der italienischen Verfassung v. 1947:
"Quando la Corte dichiarà l'illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente sforza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione."
Zur Entstehungsgeschichte s. C a r u l l o , La costituzione della Repubblica Italiana, Anm.1 zu Art. 136.
oder sogar, daß sie erst nach Ausspruch des Urteils außer kraft tritt:
Art.140 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes bestimmt:
"Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem ein Gesetz oder ein bestimmter Teil eines solchen als verfassungswidrig aufgehoben wird, verpflichtet den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung; die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf ein Jahr nicht überschreiten."
Zur praktischen Anwendung dieser Bestimmung s. A d a m o v i c h - S p a n n e r , S.398 ff.

Mehrheits- und damit Machtfrage werden[1].
Diese Verhaltenstypen können überdies noch auf den verschiedenen Stufen der Normenpyramide verschieden geregelt werden[2].

c) Voraussetzung der Feststellung des Widerspruchs ist das Messen der niedrigeren Norm an der höheren. Ist die Rechtsnorm normalerweise Bewertungsnorm für menschliches Verhalten, so wird sie hier zur Bewertungsnorm für Rechtsnormen. Wird normalerweise menschliches Verhalten als rechtmäßig oder rechtswidrig beurteilt, so wird hier dieses Urteil über Rechtsnormen gefällt.

4. Damit ist aber der Problemkreis der Ordnung von rechtlichen Topoi innerhalb einer Gemeinschaft noch nicht erschöpft; zumindest ein Teil aller Rechtsnormen enthält Imperative, deren Befolgung durch Sanktionen gesichert wird. Diese Imperative dürfen sich aber nicht widersprechen. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Enthielte eine Rechtsordnung eine Norm, die ein Verhalten (a) befehlen und das kontradiktorische Gegenteil, das Verhalten (non a) mit einer Sanktion belegen, andererseits aber zugleich eine Norm, die das Verhalten (non a) befehlen und das Verhalten (a) mit einer Sanktion belegen würde, so sähe sich der Normadressat einem unlösbaren Befehlskonflikt ausgesetzt[3]. Wie immer er sich verhalten

---

1) Das ist im modernen, gewaltenteilenden Verfassungsstaat sogar regelmäßig der Fall, nur wenige Staaten gestatten die richterliche Normenkontrolle.

2) So kann es durchaus sein, daß den Richtern die Kontrolle der Verordnungen am Gesetz anvertraut wird, nicht aber die Kontrolle des Gesetzes an der Verfassung. Die vorherrschenden Vorstellungen von der richtigen Gewaltenteilung können zu solchen Unterscheidungen führen.

3) S. zu dieser Frage E n g i s c h , Die Einheit der Rechtsordnung, S.54 f. Er hebt hervor, daß der nicht lösbare Befehlskonflikt ein Zeichen der Despotie sei, eines Willens, der nicht auf seine Verwirklichung, sondern auf die Verbreitung von Schrecken, die Vernichtung des Adressaten abziele. K r a l i k , ZZP Bd.74 (1961), S.4 bestimmt diesen Grundsatz dahin, daß innerhalb einer Rechtsordnung jeder historische Vorgang nur eine Rechtsfolge haben dürfe. Damit ist nicht gemeint, daß ein Vorgang nicht verschie-

würde, er könnte einem von der Rechtsordnung angedrohten Übel nicht entgehen. Ein solcher Normenwiderspruch muß schlechterdings, unabhängig von Zeit und Raum, als ungerecht empfunden werden, er ist also nach einem jedem positiven Recht vorgegebenen Maßstab der Gerechtigkeit als ungerecht zu verurteilen[1]. Daher muß jeder Versuch, Lebenssachverhalte rechtlich, d.h. mit dem Ziel einer gerechten Lösung, zu entscheiden, zu einer Auflösung solcher Widersprüche führen. Also muß eine Rechtsordnung auch Topoi für die Harmonisierung von sich widersprechenden Normen auch der gleichen Rangstufe enthalten[2]. Dazu gehören einmal die Regeln über den Normenkonflikt in der Zeit, die von der Paroemie: "Lex posterior derogat legi priori" angesprochen und unter der Disziplin des intertemporalen Rechts zusammengefaßt werden[3]; sowie aber auch die Regeln, die unmittelbar der Auflösung solcher Widersprüche dienen sollen, wie z.B. die Paroemie: "Lex specialis derogat legi generali". Dabei kann es sich um echte Normen handeln, zumeist aber um Kunstregeln, insbesondere im Bereich der zweiten Maxime[4]. Der Rechtsanwendende ist an sich durch

---

dene Organe und verschiedene formal getrennte Rechtsgebiete berühren kann. Ein Verkehrsunfall kann zivil-, straf-, verwaltungs-, arbeits-, privatversicherungs- und sozialversicherungsrechtliche Folgen haben. Entscheidend ist nur, daß diese Einzelfolgen sinnvoll aufeinander bezogen seien, gleichsam als Reparatur einer sozialen Störung erscheinen müssen.

1) N a w i a s k y , Allgemeine Rechtslehre, S.91 nimmt an, ein solcher Normenwiderspruch sei schon logisch unmöglich. Da es sich dabei aber nicht um ein Problem der Wahrheit, sondern der Gerechtigkeit handelt, wird man es besser nicht auf der logischen, sondern auf der dikelogischen Ebene lösen.

2) Bei diesen Topoi handelt es sich nicht um Regeln der Logik, sondern um Rechtsnormen. N a w i a s k y , aaO., S.92, E n g i s c h , aaO., S.47, V e r d r o s s , Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, S.161.

3) S. dazu L e v e l , Essai sur les conflits de lois dans le temps, der auch die rechtsphilosophischen und verfassungsrechtlichen Hintergründe behandelt. Regeln dieser Art enthalten alle Vorschriften, die bestimmen, daß die Geltung eines Gesetzes nur durch ein Gesetz besorgt werden kann. Eine besonders klare Kollisionsnorm dieser Art enthält artt.15 disp. prel. C. civ. (it.).

4) Zur Funktion solcher Paroemien s. E s s e r , Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts,

keinen Grundsatz der Logik daran gehindert, innerhalb von Normen des gleichen formalen Ranges eine gleichsam sachliche Hierarchie anzunehmen. Das Problem der verfassungswidrigen Verfassungsnormen bietet eine Illustration dazu[1]. Der Versuch, Normen des Gewohnheitsrechts zu hierarchisieren, muß sogar zu einer Einstufung nach dem Inhalt der Norm führen[2].

5. Bei den bisher dargestellten Gruppen von Rechtsnormen handelte es sich um solche, die den Zweck haben, die Sachnormen zu ordnen, die Kollision von Normen aufzulösen, also um Kollisions-Normen, die nur mittelbar eine sachliche Regelung treffen. Dieser Gruppe ist ein weiterer Bereich zur Seite zu stellen, in dem die Unordnung von der Gemeinschaft gleichsam gewollt ist, der Bereich der konkreten Rechtsgestaltung[3]. Er beginnt in einer zur Kodifikation neigenden Gemeinschaft dort, wo der Gesetzgeber sich unsicher fühlt, wo ihm die verbindliche Festlegung der Topoi nicht oder noch nicht sachgerecht scheint. Die kodifizierte Norm steckt dann nur den Bereich der Sachverhalte ab, die der konkreten Rechtsgestaltung unterliegen sollen. Der Richter hat dagegen die Aufgabe, aus der unmittelbaren Anschauung des Einzelfalles die gerechte Lösung zu finden, wobei ihm oft nicht einmal

---

S.107 ff. Das Verhältnis von allgemeiner und spezieller Norm ist eine Interpretationsfrage und daher mit den Mitteln der richterlichen Auslegungskunst zu bewältigen. Es ist bemerkenswert, daß dieser Satz niemals kodifiziert worden zu sein scheint.

1) S. dazu BVerfGE Bd.1, S.14/32 und Bd.3, S.225/232; BayVerfGH, BayVGHE Bd.2 II 45 und 11 II 127.

2) Zur Rangordnung der Völkerrechtsquellen s. J a e n i k k e , WVR III, S.773 ff.

3) W e n g l e r , RabelsZ Bd.16, 1951, S.1 ff.; H e n k e l , Einführung in die Rechtsphilosophie, S.356 ff. Zu diesem Bereich gehört z.B. § 242 BGB, aber noch deutlicher gewisse, auch verfahrensmäßig herausgehobene Fälle der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie das Hausratsverfahren und das Verfahren über die Verteilung der elterlichen Gewalt nach der Ehescheidung. Auch die Ehescheidung selbst gehört in gewissen Rechtsordnungen dazu (W e n g l e r , aaO., S.16 f.).

ein Zwang zur Begründung, also zur topischen Rechtfertigung seiner Entscheidung auferlegt wird[1]. Die Erfahrung zeigt aber, daß auch in diesem Bereich eine Tendenz zur Verfestigung der Topoi wahrzunehmen ist, es bilden sich typische Fälle und typische Rechtsfiguren heraus.

Aus diesen Überlegungen läßt sich also folgende Erkenntnis gewinnen:
Eine Rechtsordnung erfährt ihre Ordnung durch Rechtsnormen die

(1) die Organqualität von Menschen
(2) Beginn und Ende der Geltung von Rechtsnormen
(3) den Rang von Rechtsnormen
(4) das Verhältnis von Rechtsnormen gleicher Rangstufe
(5) den Bereich, in dem verbindliche Topoi nicht bestehen sollen

festlegen.

II. Das Recht als System

1. Die großen zivilrechtlichen Kodifikationen sind Ergebnisse juristischen Denkens ebenso wie der geistigen Grundhaltung ihrer Zeit[2]. Die systematische Durchbildung dieser Gesetzbücher führt dazu, daß die Entscheidungsmaxime des konkreten Streitfalles, der Obersatz also des Urteilssyllogismusses, ein Mosaik aus den einzelnen Gliederungsteilen, Artikeln,

---

1) H e n k e l , aaO., S.357: "Bei diesen Begriffen vollzieht sich der Wertungsakt nicht im diskursiven und verallgemeinernd abstrahierenden Denkprozeß, wie er dem regelhaften Subsumtionsakt eigentümlich ist, sondern in einem zwar nicht nur irrational bestimmten, sondern auch rational bedingten, aber doch intuitiven Urteil, das auf der Anschauung des einzelnen Lebenssachverhaltes beruht."
Den gleichen Denkprozeß hat der englische Richter zu vollziehen, wenn sowohl ein Präzedenzfall, als auch eine statutarische Regel fehlt; vgl. dazu G r a v e s o n , Festschrift f. Yntema, S.207 ff.

2) Zu dem geistesgeschichtlichen Hintergrund der großen europäischen Kodifikationen s. W i e a c k e r , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.147 ff. und S.279 ff.

Paragraphen, eines solchen Gesetzbuches sein kann[1]. Einen besonders hohen Grad von Abstraktion erreicht die Kodifizierung bei der Bildung eines Allgemeinen Teils[2]. Wer das Gesetz sinnvoll anwenden will, muß sich das ihm zugrunde liegende System aneignen.

2. Aber darin erschöpft sich die juristische Systembildung nicht. Eine Rechtsordnung ist auch Zu-Ordnung, sie muß die Zuordnung der Sachen ebenso regeln, wie die Zusammengehörigkeit der Personen. Dieses Problem bleibt konstant, auch wenn die Lösung als solche wechselt. Wann immer die Beziehungen in einer Gemeinschaft rechtlich geordnet werden sollen, muß bestimmt werden, wem die im Bereich der Gemeinschaft befindlichen Sachen zugeordnet und welche Personen in welchen Verbindungen einander zugehören sollen[3]. Wie die Antwort auf diese Frage ausfällt, hängt davon ab, welches Menschenbild der Gesetzgeber seiner Regelung unterstellt[4] und welche Zuordnungen er als Ideal einer richtigen Ordnung ansieht. Darum läßt sich aber auch aus den großen Kodifikationen ein Sozialmodell ableiten, ein Modell der richtigen Ordnung, das den sozialen Idealzustand dieser Gesellschaft aufzeigt[5].

---

1) Vgl. dazu E n g i s c h , Die Einheit der Rechtsordnung, S.28 und G o l d s c h m i d t , Systema y filosofia del derecho internacional privado, Bd.I, S.24 f.

2) Zur Diskussion um die Berechtigung und die Zweckmäßigkeit eines Allgemeinen Teils s. W i e a c k e r , aaO., S. 285, Fn.7.

3) Grundlegend zu diesem Problemkreis: Fritz von H i p p e l , Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung.

4) Zum Menschenbild des deutschen BGB s. R a d b r u c h , Der Mensch im Recht.

5) S. dazu W i e a c k e r , Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft.

Ein so erkanntes materielles System von Rechtsnormen verlangt ein Denken in Lebenskomplexen[1] und nicht in formalen Kategorien. Das wird an folgendem Beispiel deutlich:
Ein Gesetzgeber sieht sich vor die Frage gestellt, wie er die materielle Stellung der überlebenden Ehefrau sichern will. Er will sie dahin beantworten, daß er der Frau einen bestimmten Anteil am Vermögen des Mannes zukommen lassen wird. Dazu führen ihn zwei technisch verschiedene Wege. Er kann die Ehefrau schon zu Lebzeiten des Mannes an dessen Vermögen beteiligen, indem er die Gütergemeinschaft als gesetzlichen Güterstand einführt; er kann aber auch davon absehen und der Ehefrau ein gesetzliches Erbrecht gewähren. Beide Wege führen zu dem gleichen Ergebnis. Daß Güterrecht und Erbrecht zusammen ein materielles System bilden, wird dann deutlich, wenn sie vom IPR aus formalen Gründen auseinandergerissen werden[2], weil sich etwa das IPR nicht aus Lebenskomplexen, sondern aus formalen Kategorien bildet. Gerade das IPR läßt den Systemzusammenhang von Rechtssätzen deutlich werden.[3]
Das Rechtssystem kann also definiert werden als eine Mehrzahl von Rechtssätzen, die in der Weise innerlich zusammenhängen, daß sie für ein bestimmtes soziales Problem das Modell der richtigen Ordnung geben[4].

---

1) Eine derartige Methode fordert S c h n o r r von C a r o l s f e l d , RdA 1964, S.297 ff. für das Arbeitsrecht. Sie ist aber nicht auf dieses Rechtsgebiet beschränkt.

2) Über dieses Problem und die Lösungsversuche s. K e g e l , S.108 und 110 f.

3) B a t i f f o l , Aspects philosophiques du droit international privé, gebraucht folgendes Bild (No.22, S.50): "Le conditionnement mutuel des solutions les unes par les autres qui constitue ces ensembles (scil. von Rechtssätzen) n'est d'ailleurs pas une solidarité qui déterminerait de manière nécessaire et comme mécanique la teneur des règles (scil. des IPR); il évoque plutôt un lien de caractère organique: il se manifestera, si on n'en tient pas compte, par la multiplication des difficultés, voire des incohérences ou des résultats contraires à l'équité, comme tout organisme qui se défend contre un élément étranger inassimilable."

4) Diese Definition wird der topischen Struktur des Rechts

3. Die sog. komplexen Systeme

Die Beobachtung der Gemeinschaft Staat lehrt, daß Rechtsordnung und Rechtssystem nicht in der Weise identisch sein müssen, daß innerhalb derselben Gemeinschaft das gleiche Problem immer die gleiche Antwort erhält. Es gibt Staaten, innerhalb deren die gleiche Frage nach verschiedenen, auch formal getrennten Rechtsvorschriften gelöst wird, m.a.W. innerhalb deren mehrere Gesetzbücher nebeneinander gelten. Die Abgrenzung kann dabei nach territorialen[1] oder nach personalen[2] Kriterien erfolgen, sie ist aber nötig, weil das gleiche Problem nicht verschiedenen Lösungen unterworfen werden kann[3]. Nach einem von A r m i n j o n [4] geprägten

---

gerecht, s. dazu V i e h w e g , Topik und Jurisprudenz, S.64 ff. Der Satz von Fritz von H i p p e l (Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, S.6): "Wir können hinfort die Masse privatrechtlichen Einzelwissens als historische Antworten auf bestimmte Dauerfragen eines bestimmten Problemzusammenhanges ordnen, begreifen, vergleichen und in diesem Rahmen auf ihre engere Gesetzmäßigkeit und Richtigkeit beurteilen." gilt nicht nur für die Zeitachse, sondern auch für die gleichzeitig nebeneinander bestehenden Rechtssysteme.

1) Ein Beispiel für territorial abgegrenzte komplexe Systeme geben die auf Grund des Versailler Vertrags entstandenen Staaten Osteuropas, s. dazu B a a d e , JIR 1957, S.315 ff.

2) Ein nach personalen Kriterien, hier nämlich der Religionszugehörigkeit abgegrenztes komplexes System ist das Privatrecht Israels, dazu: S u l i m m a , JZ 1960, S.730 ff.

3) Den Fall einer ganz anders gearteten Abgrenzung zeigt das islamische Recht. Es spaltete sich im Laufe der Entwicklung in vier große Schulen auf (Hanafi, Maliki, Schafi'i und Hanbali), die in gewissen sachlichen Lösungen differieren. Trotzdem gab es in den großen Städten des Islams Kadis aller vier Schulen nebeneinander. Sache des Rechtssuchenden war es, zu welcher Schule er sich begeben wollte. Je nachdem konnte die Lösung verschieden ausfallen. Hier handelt es sich also um Rechtsordnungen, die voneinander weder personal noch territorial, sondern nach den Organen abgegrenzt sind. S. dazu A n d e r s o n , Islamic Law in the Modern World, S.19 f.

4) Précis de Droit international privé, Bd.1, S.161 ff.

Ausdruck kann das Recht einer solchen Gemeinschaft als komplexes juristisches System bezeichnet werden[1]. Kennzeichnend für ein solches System ist die Notwendigkeit und die Existenz von räumlichen oder persönlichen Kollisionsnormen.

III. Die Rechtsordnung als Friedensordnung: Das Problem der Rechtsdurchsetzung

1. Die Beobachtung der Rechtsgeschichte zeigt, daß eine Durchsetzung der Zuordnung regelmäßig nicht ohne die Absicherung der Rechtsnorm durch Gewalt, d.h. nicht ohne Sanktion der Zuordnungsnorm möglich ist. Unbedingt mit dem Begriff des Rechts scheint dieses Phänomen aber nicht verbunden zu sein. Man könnte sich nämlich eine Rechtsordnung vorstellen, in der die natürliche Autorität der Organe so groß ist, daß ihre Entscheidungen ohne den Nachdruck potentiellen Zwangs befolgt werden[2].
Andererseits kann eine Rechtsordnung die Störung der durch sie begründeten Zuordnung durch die Ausübung von Gewalt nicht gestatten. Daraus folgt notwendigerweise, daß sie insoweit eine Friedens-Ordnung sein muß, und daß sie die Ausübung der Gewalt als rechtmäßig oder rechtswidrig bewerten muß.

2. Die rechtmäßige Gewalt, also die Gewalt zur Verteidigung und Durchsetzung des Rechts kann durch das Recht beschränkt werden, sowohl hinsichtlich der erlaubten Mittel, als auch hinsichtlich der Personen, die Gewalt ausüben dürfen.
Ein Endpunkt der Entwicklung ist die Monopolisierung der Gewalt und die rigorose Beschränkung der Mittel im modernen Rechtsstaat. Aber auch der moderne Rechtsstaat kennt die

---

1) N e u h a u s , Grundbegriffe, S.209, spricht von "komplexen Rechtssystemen".

2) Diese Situation ist z.B. im Völkerrecht gegeben. Die Urteile völkerrechtlicher Gerichte können sich regelmäßig nur durch die ihnen innewohnende "persuasive authority" durchsetzen. Das Beispiel des Korfu-Kanal-Streites (C.I.J., Recueil 1949, S.4 ff.) zeigt, daß auch ein Urteil des IGH gegen einen böswilligen Staat nicht vollstreckbar ist (zu diesem Fall s. B e r n h a r d t , WVR II, S.313 ff. und S.545 ff.).

Notwehr, die erlaubte Selbsthilfe, den Arbeitskampf und die Wettbewerbswirtschaft, Bereiche, in denen dem einzelnen die Ausübung einer, wenn auch beschränkten Gewalt erlaubt wird, allerdings als Ausnahme und unter der Kontrolle der staatlichen Gerichte.
Ist in einer Rechtsordnung die Ausübung von Zwang grundsätzlich Monopol der Organe, so kann deren Eingreifen von Amts wegen oder nur auf den Wunsch eines Gemeinschaftsangehörigen hin erfolgen. In der Fähigkeit, den Zwangsapparat der Gemeinschaft auszulösen, liegt eine gewichtige Machtposition des einzelnen, regelmäßig aber auch die einzige Chance, sein Recht gegen einen Böswilligen durchzusetzen.

3. Eine besondere Form der Verleihung von Macht ist das subjektive Recht, eine Figur, die als Rechtsformbegriff dem positiven Recht vorgegeben ist[1]. Das subjektive Recht ist die einem Menschen von der Rechtsordnung verliehene Befugnis, für andere verbindliche Rechtsnormen zu setzen und bei deren Nichtbefolgung den Zwangsapparat der Organe auszulösen oder zur Selbsthilfe zu greifen[2]. Je nach dem Kreis der potentiellen Normadressaten kann man von relativen Rechten (mit bestimmten Normadressaten) oder absoluten Rechten (mit unbestimmten Normadressaten) sprechen[3].
Subjektive Rechte können verschiedene Durchschlagskraft[4] haben:

(1) Der Berechtigte kann durch eine einseitige Handlung eine definitive Veränderung im Bestand subjektiver Rechte herbeiführen, ohne daß ein Organ der Gemeinschaft beteiligt werden muß. Dieser Fall der Gestaltungsrechte verleiht dem Berechtigten die stärkste

---

1) Vgl. dazu B u c h e r , Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, S.26 ff.

2) Ähnliches: B u c h e r , aaO., S.191 (These 3).

3) Vgl. B u c h e r , aaO., S.194 (These 9).

4) Zum Begriff s. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Friedrich Lent, S.249 f.

mögliche Rechtsmacht. Sie findet ihre Grenze aber dort, wo von einem anderen ein bestimmtes Verhalten erzwungen werden muß, um das Recht zu verwirklichen[1].

(2) Die Rechtsordnung erlaubt es dem einzelnen, sein Recht im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen, sie macht also zu seinen Gunsten eine Ausnahme von der allgemeinen Friedensordnung.

(3) Der Normalfall der modernen staatlichen Rechtsordnung ist der, daß dem Berechtigten die Durchsetzung des Rechts im Wege der Selbsthilfe verboten wird, daß ihm aber der Staat seine Organe, seinen Zwangsapparat, zur Verfügung stellt[2].

(4) Die schwächste Rechtsposition hat der Berechtigte wenn ihm einerseits die Selbsthilfe verboten, andererseits aber auch der Zugang zu den Organen verwehrt wird. Das trifft bei den Naturalobligationen zu. Von einem subjektiven Recht kann in diesem Fall nur deswegen gesprochen werden, weil die Rechtsordnung den auf Grund des Rechts geschaffenen Zustand als rechtmäßig anerkennt[3].

---

1) Dieser Bereich wird zunehmend geringer, weil im staatlichen Recht eine Tendenz besteht, die Gestaltungsrechte zu Gestaltungsklagen umzuwandeln, sie also von vornherein der richterlichen Kontrolle zu unterwerfen.

2) Die sog. "Klagbarkeit" des Anspruchs ist eine Eigenschaft, die ihm von der Rechtsordnung verliehen wird, die auch die Voraussetzungen des Anspruchs, d.h. die Normsetzungsbefugnis des Berechtigten, begründet. Zum Problem des Rechtschutzanspruchs s. jetzt (bejahend) B l o m e y e r, Zivilprozeßrecht, S.4 ff.

3) Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß zwei an sich einander widersprechende Zustände, nämlich die Güterordnung bei Erfüllung und die Güterordnung bei Nichterfüllung des Anspruchs rechtmäßig sind.
Anders ist es z.B. im Falle des § 904 BGB, der zwar den Eingriff als rechtmäßig ansieht, nicht aber den durch den Eingriff geschaffenen Zustand, vgl. dazu S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Molitor, S.365 ff.

Alle die bisher erörterten Teile einer Rechtsordnung stehen in einem sinnvollen Zusammenhang, der dazu führt, daß sie nur schwer isoliert betrachtet werden können. Daraus erhellt, daß ein Herausgreifen bestimmter Teile, wie dies im Bereich des Internationalen Privatrechts notwendigerweise geschehen muß, zu Schwierigkeiten führt.

§ 3

Der Umfang einer Rechtsordnung

Die bisherigen Betrachtungen betrafen die Rechtsordnung gleichsam von innen. Keine Gemeinschaft besteht aber für sich allein und keine Gemeinschaft ist allumfassend. Daher stellt sich nun die Frage der Grenze und zwar

I. der Abgrenzung der Angehörigen der Gemeinschaft;
II. der Grenzen der rechtlichen Regelung und zwar
   1. der Grenze des Regelungsumfangs der einzelnen Norm;
   2. der Grenze des Regelungsumfangs der gesamten Rechtsordnung;
III. der Grenze der Zuständigkeit der Organe.

I. Die rechtliche Bestimmung der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft

Es gibt Gemeinschaften, die den Kreis ihrer Angehörigen mit rechtlichen Mitteln abgrenzen können, und solche, denen dies schon von ihrem Wesen her versagt ist. Letztere müssen aus diesem Grunde aus der juristischen Betrachtung ausscheiden. Im einzelnen lassen sich folgende Gruppen bilden:

(1) Gemeinschaften, die so wenig Angehörige haben, daß deren Zahl stets überschaubar ist, so daß sofort eine eindeutige Bestimmung getroffen werden kann, wer zu einer solchen Gemeinschaft gehört und wer nicht. Das eindeutigste Beispiel einer solchen Gruppe ist die Sippe[1]. Den Übergang zu einer anderen Art von Gemeinschaft bildet der Stamm, dessen Angehörige schon das überschaubare Maß überschreiten können. Die Zugehörigkeit bestimmt sich aber bei beiden Gruppen nach dem gleichen Merkmal: Der Abstammung von einem Gruppenangehörigen.

(2) Dagegen muß der Staat den Kreis seiner Angehörigen, sein Staatsvolk, mit rechtlichen Mitteln bestimmen, die nicht notwendig auf die natürlichen Gegebenheiten der Abstammung oder der Geburt in einem Staatsgebiet zurückgreifen,

---

1) Zum Begriff und Abgrenzung der Sippe im germanischen Recht s. M i t t e i s - L i e b e r i c h , Deutsche Rechtsgeschichte, S.10 ff.

sondern auch der Willensentscheidung des einzelnen[1], wie der Staatsorgane Raum[2] lassen. Entscheidend ist aber auch hier, daß der Kreis der Staatsangehörigen jederzeit nach normativen, also juristischen Kriterien bestimmt werden kann.

(3) Diesen Gruppen stehen andere gegenüber, die sich überhaupt nicht mit rechtlichen Mitteln abgrenzen lassen, wie das Volk oder die Nation[3].
Eine Gruppe, die sich aber nicht rechtlich abgrenzen läßt, kann damit nicht selbst zum Rechtssubjekt innerhalb einer höheren Ordnung werden. Darin liegt der innere Grund dafür, daß Volk und Nation nur als politische, nicht aber als Rechtsbegriffe in das Völkerrecht eingegangen sind und daß sie eine eigene Rechtsordnung nur entwickeln konnten, wenn sie zum Staatsvolk wurden.

(4) Neben diesen Gruppen gibt es weitere, die sich zwar äußerlich abgrenzen können, aber damit nicht das innere Wesen der Zugehörigkeit erfassen: die Religionsgemeinschaften. Wo sie einer anderen Rechtsgemeinschaft gegenüberstehen, wie etwa dem Staat, müssen sie den Kreis ihrer Angehörigen mit rechtlichen Mitteln begrenzen[4]; das gilt auch dann, wenn sie anderen Religionsgemeinschaften gegenübertreten[5]. Die wahren Glieder einer

---

1) Z.B. die Einbürgerung auf Antrag oder die Option.

2) Z.B. die strafweise Ausbürgerung.

3) H e l l e r , Staatslehre, S.158 ff. Das schließt nicht aus, daß etwa die Nationalität in einem ethnisch gemischten Staat zum Rechtsbegriff erhoben werden kann. In diesem Falle muß aber die Zugehörigkeit nach einem einfachen Kriterium bestimmt werden, etwa der Sprache, s. dazu Georg J e l l i n e k , Allgemeine Staatslehre, S.117, Fn.1.

4) So etwa den Kreis der Kirchensteuerpflichtigen, s. dazu S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Hans Liermann, S.221 ff.

5) Dieses Problem taucht dann auf, wenn das weltliche Recht auf das Recht einer Religionsgemeinschaft weiterverweist. Wenn z.B. das Recht des Staates Israel hinsichtlich der persönlichen Ehewirkungen auf das Recht der Religionsgemeinschaft verweist, der die Ehegatten angehören (s. S u l i m m a , JZ 1960, S.730 ff.), dann muß mit rechtlichen Mitteln die Zugehörigkeit bestimmt werden. Gleiches

Kirche lassen sich aber nicht mit normativen Mitteln bestimmen[1].

Im Rechtssinne gehören zu einer Gemeinschaft also alle Menschen, die die von der Rechtsordnung dieser Gemeinschaft aufgestellten Voraussetzungen der Zugehörigkeit erfüllen.

II. Der Umfang der rechtlichen Regelung

1. Der Umfang eines Rechtssatzes

Ein Rechtssatz, der menschliches Verhalten regeln will, muß das gewünschte (oder das mit einer Sanktion bedrohte) Verhalten in seinem Tatbestand umschreiben, d.h. mit sprachlichen Mitteln bestimmen. Wird das zu regelnde Handeln nur nach seiner Art, nicht aber nach Zeit und Ort oder nach persönlichen Merkmalen des Normadressaten festgelegt, so würde von dem fraglichen Rechtssatz alles menschliche Handeln auf der Erde erfaßt werden. Das ist von dem, der den Rechtssatz erläßt, in den wenigsten Fällen beabsichtigt[2]. Für die Be-

---

gilt, wenn festgestellt werden muß, ob jemand nicht Mitglied einer Religionsgemeinschaft ist, vgl. dazu den Beschluß des OLG Braunschweig v. 20.1.1965, OLGZ 1965, S.251 ff. Das Reichsgericht hat eine Klage auf Feststellung der positiven Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft für unzulässig erklärt (Urteil v. 15.3.1926, RGZ 113,125 ff.).

1) Der Kreis der Kirchensteuerpflichtigen und der Kreis der Glieder der Congregatio Sanctorum im Sinne des art.VII der Confessio Augustana sind sicher nicht identisch. Für die röm.-katholische Kirche ist dies sogar durch das höchste Lehramt festgelegt. Nach can. 87 CJC wird die Rechtsfähigkeit in der kath. Kirche mit der Taufe erworben. Andererseits bestimmte aber Papst Pius XII (Litt. enc. "Mystici Corporis", Acta Apostolicae Sedis Bd.XXXV, 1943, S.193 ff., 202):
"In Ecclesiae autem membris reapse ii soli annumerandi sunt qui regenerationis lavacrum receperunt veramque fidem profitentur, neque a corporis compage semet ipsos misere separarunt, vel ob gravamina admissa a legitima auctoritate seiuncti sunt."

2) Nahe an diese Universalität kommt der CJC in bestimmten Vorschriften. Das Jus divinum gilt nach kath. Auffassung für Getaufte wie Ungetaufte, seine Sätze greifen also über den Kreis der Angehörigen der Kirche hinaus (E i c h m a n n - M ö r s d o r f , Bd.I, S.18 und S.105). Aus

grenzung des Umfanges[1] gibt es verschiedene Techniken:
(1) Der räumliche oder persönliche Umfang wird bereits in den Tatbestand des Rechtssatzes aufgenommen[2].
(2) Der Regelungsumfang einer Mehrzahl von Tatbeständen kann für ein Gesetz oder eine Mehrzahl von Gesetzen durch eine Reihe von gleichsam vor die Klammer gezogenen Rechtssätzen geregelt werden[3].
(3) Auch wenn ein Rechtssatz nicht auf eine der oben beschriebenen technischen Wege begrenzt ist, läßt sich aus Zweck und Sinn u.U. eine Begrenzung ermitteln[4].

---

diesem Grunde beansprucht die kath. Kirche eine gewisse Gesetzgebung über die Ehen der Ungetauften, s. dazu Can. 1015 § 3, der dafür den Begriff des matrimonium legitimum prägt und den Gegensatz des ersten und zweiten Halbsatzes in Can.1110. Das gegenseitige Versprechen eines Mannes und einer Frau, die nach dem kanon. Recht ehefähig sind, eine unauflösliche, monogame Geschlechts- und Lebensgemeinschaft eingehen zu wollen, begründet eine jure divino gültige Ehe, die im Falle der Taufe der Partner ohne weiteres zum Sakrament wird (E i c h m a n n - M ö r s d o r f Bd.II, S.130 f.).

1) Die Gesamtheit aller von einer Norm erfaßten Sachverhalte soll mit V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.3, das "Feld" der Norm genannt werden.

2) So § 1 GrEStG; weitere Beispiele bei S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Straftaten in Flugzeugen, S.25.

3) Beispiele für derartige Rechtssätze: §§ 3 und 4 des StGB, § 1 EStG, s. dazu: S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Straftaten in Flugzeugen, Fn.7, S.22.
Beispiele räumlicher Grenznormen:
Art.3 Abs.1,2 C.c. (frz.); art.8 der niederl. "Wet A/B"; art.1 Abs.1 und 8 des span. Codigo civil, artt.28 disp. prel. c. civ. (it.).
Beispiele persönlicher Grenznormen: Art.3 Abs.3 c.c. (frz.); art.6 niederl. Wet A/B; art.9 span. Codigo civil; § 4 österr. ABGB.

4) Solche "feldtheoretischen Topoi" zu gewinnen, unternimmt V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.402 ff.

Die technische Ausgestaltung kann aber die Funktion der Begrenzung nicht ändern. Rechtssätze, die nur die Aufgabe haben, die Tatbestände anderer Rechtssätze abzugrenzen, sollen im folgenden als Grenznorm bezeichnet werden[1]. Sie gehören ihrem Wesen nach dem gleichen Sachgebiet an, wie die von ihnen begrenzte Sachnorm[2].

Die Beobachtung zeigt, daß der Umfang der Sachnormen nicht mit dem Kreis der Angehörigen der Gemeinschaft zusammenfällt und daß sie nicht nur Sachverhalte regeln, die sich auf dem Gebiet einer Gemeinschaft abspielen. Eine solche Begrenzung folgt nicht aus der Logik des Rechts, sondern könnte sich allenfalls aus Rechtssätzen einer höheren Stufe ergeben[3].

---

1) Der Begriff stammt von F r a n k e n s t e i n und wird von N e u m e y e r übernommen (Internationales Verwaltungsrecht Bd.IV, S.45: "Jede Grenznorm hat zwei Bestandteile: die sachliche Anknüpfung, welche die Tatbestände ihrem Inhalt nach bezeichnet, deren Regelung umgrenzt werden soll; und die örtliche Anknüpfung, welche die Tatbestände, die von der Sachnorm erfaßt werden sollen, nach ihren örtlichen Beziehungen aussondert; liegen die Voraussetzungen vor, so wird als Rechtsfolge die Zuständigkeit des durch die beiden Beziehungen bezeichneten Staates verordnet, den Sachverhalt zu regeln". Bei N e u m e y e r enthält die Grenznorm also einen Leerraum, sie wird damit zur Zuständigkeitsabgrenzung für den Gesetzgeber. Eine solche Begrenzung kann sich aber nur aus einer übergeordneten Norm, für den Staat also nur aus dem Völkerrecht ergeben. Weiter ist hinzuzufügen, daß es auch eine rein persönliche Anknüpfung gibt, die auf örtliche Merkmale keinen Bezug nimmt; z.B. werden gem. § 1 EStG die Einkünfte einer in der BRD wohnenden Person besteuert, wo immer sie auch erzielt wurden. Noch klarer zeigt sich dies am aktiven Personalitätsprinzip des § 3 I StGB.

2) A.A. N e u m e y e r (aaO., S.482 ff., S.485): "Es sind selbständige Rechtssätze, die diese Zuständigkeit begrenzen. Ihr Gegenstand ist die Anwendung von Rechtssätzen, und so haben auch sie den Standort im Staatsrecht." Diese Auffassung wird der Tatsache nicht gerecht, daß die Grenznorm nur eine gesetzestechnische Verallgemeinerung für mehrere Fälle darstellt. Wenn die Begrenzung in den Tatbestand des einzelnen Rechtssatzes selbst hineingenommen wird, zeigt sich deutlich, daß sie nur ein Akzidens der Sachnorm ist.

3) S. dazu Ernst Z i t e l m a n n , Festschrift für Bergbohm, S.220 ff. Nach ihm hat ein staatliches Gesetz Wirkung nur innerhalb der Staatsgrenzen, "außerhalb dieses Machtbereiches hingegen hat dieses Gesetz keine Kraft, irgend eine Wirkung eintreten zu lassen" (aaO., S.227).

Es gibt Rechtssätze, die aus ihrer Zwecksetzung besonders deutlich die Beschränkung ihres Feldes auf den Bereich der Gemeinschaft in sich tragen: die "institutorischen Normen"[1], die der inneren Ordnung der Gemeinschaft dienen sollen. Dazu gehören die Rechtssätze, die die Organe der Gemeinschaft festlegen, also etwa Vorschriften über die Gerichtsorganisation. Dazu gehören weiter die Regel über Geltung und innere Kollision der Rechtsnormen. Aber auch andere Sätze, z.B. der Satz: "Eigentum verpflichtet" können in diesen Bereich einbezogen werden[2].

Die Beschränkung des Feldes solcher Normen auf die Gemeinschaft ergibt sich aber nicht etwa aus rechtslogischen Gründen oder auch nur aus der Natur der Sache. Warum die Sozialbindung des Art.14 GG nur die in Deutschland belegenen Grundstücke, nicht auch den Bungalow des Deutschen an der Costa Brava erfassen soll, kann nicht mit normlogischen, sondern mit teleologischen oder völkerrechtlichen Erwägungen begründet werden.

Den Bereich, in dem diese Wirkungen automatisch eintreten, nennt Zitelmann den Geltungsbereich einer Rechtsnorm. Dieser Machtbereich werde dem staatlichen Recht vom Völkerrecht vorgezeichnet.
Betti, Festschrift für Gutzwiller, S.233 ff., nimmt diesen Gedankengang Zitelmanns auf. Er stellt folgende These auf (aaO., S.237):
"Kurzum ist der örtliche Geltungsbereich des Gesetzes mit seiner Entstehung in der betreffenden Staatsordnung von selbst gegeben: Es entsteht in diesem Staat, also auch mit Geltung für den Machtbereich dieses Staates, innerhalb seiner Souveränität. Wie man sieht, wird es als selbstverständlich mitgedacht, daß der örtliche Geltungsbereich des Gesetzes gleich dem staatsrechtlich-völkerrechtlichen Machtbereich des Staates zu bemessen sein solle." Auch Schnorr von Carolsfeld ist der Ansicht, daß der inländische Befehl nur bei Inländern in das Ausland dringt, sonst nicht (Straftaten in Flugzeugen, S.20 ff. und S.25, sowie Festschrift für Molitor, S.372). Alle diese Theorien gehen also davon aus, daß das Völkerrecht Grenznormen enthält, die in die einzelne staatliche Rechtsnorm hineininterpretiert werden müssen. Damit muß untersucht werden, ob solche Grundlagen im Völkerrecht der Gegenwart tatsächlich zu finden sind.

1) Der Ausdruck stammt von Gutzwiller, Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften, S.17.

2) Gutzwiller, aaO., S.17 ff. Zu einer solchen Begrenzung kommt man auch für die Strafnorm, wenn man sie, wie Schnorr von Carolsfeld (Straftaten in Flugzeugen, S.20 f.) als Ermächtigung an die

2. Der Umfang einer Rechtsordnung

Nimmt man alle von einer Rechtsordnung geregelten Sachverhalte in ihren räumlichen Umfang, so erhält man eine geographische Linie, die nicht aus logischen Gründen mit dem geographischen Umfang des Gebiets der Gemeinschaft zusammenfallen muß[1]. Diese Linie kann man als den räumlichen Umfang einer Rechtsordnung bezeichnen.

Das gleiche gilt für alle Sachverhalte die von einer Rechtsordnung nicht nach lokalen Kriterien, sondern ratione personae erfaßt werden. Aus der Gesamtheit dieser Sachverhalte läßt sich der persönliche Umfang einer Rechtsordnung ermitteln. Auch hier besteht keine logische Notwendigkeit, den persönlichen Umfang auf die Angehörigen der Gemeinschaft zu beschränken.

Persönlicher und räumlicher Umfang zusammen ergeben den Umfang einer Rechtsordnung.

Die Aussage: Der gegebene Sachverhalt wird von der Rechtsordnung A erfaßt, bedeutet also: Er fällt in den persönlichen oder räumlichen Umfang der Rechtsordnung A.

Wenn es kein höheres Prinzip gibt, das die einzelnen Gemeinschaften bindet, dann kann der Fall eintreten, daß ein Sachverhalt von mehreren Rechtsordnungen, u.U. sogar widersprüchlich geregelt wird oder von keiner Rechtsordnung erfaßt wird[2].

Staatsorgane ansieht.

1) N e u m e y e r , Internationales Verwaltungsrecht Bd.IV, S.99:
"Wenn man sich die Gesamtheit der Norminhalte, die ein Staat regelt, als eine Kreisfläche vorstellt, so zieht sich eine Linie begrenzender Rechtssätze als Peripherie um diese Inhalte ..." Dabei ist zu beachten, daß es über den von N e u m e y e r hier beschriebenen räumlichen Umfang auch einen persönlichen Umfang gibt, nämlich alle die Handlungen, die geregelt werden, unabhängig davon, wo die im Tatbestand bezeichnete Person sie vornimmt. Nur den territorialen Aspekt behandelt R i e z l e r , Die räumliche Begrenzung des Privatrechts.

2) Daraus ergibt sich eine völlig verschiedene Anschauungsweise des Richters und des Rechtsunterworfenen. Während der Richter nur das Recht seiner Rechtsordnung anzuwenden hat, muß der beratende Anwalt alle Rechtsordnungen

III. Der Umfang der staatlichen Zuständigkeit

1. Vom Umfang einer Rechtsordnung ist zu unterscheiden die Gesamtheit aller Fälle, zu deren hoheitlicher Behandlung die Organe einer Rechtsordnung auf Grund der Organisationsnormen dieser Rechtsordnung zuständig sind. Auch hier gibt es aber kein logisches Prinzip dahin, daß der Umfang der Zuständigkeit der Organe mit dem Umfang der Rechtsordnung selbst zusammenfallen muß.

2. Das Recht der Staaten zeigt folgendes Bild:

a) Es gibt einen weiten Bereich staatlichen Rechts, in dem die Organe nur soweit zuständig sind, als sie eigenes Recht anzuwenden haben, d.h. als der zu behandelnde Sachverhalt in den Umfang der eigenen Rechtsordnung fällt[1].

b) Daneben wird in einem anderen Bereich die Zuständigkeit der Staatsorgane, insbesondere der Gerichte, weitgehend unabhängig vom Umfang der eigenen Rechtsordnung bestimmt. Daraus ergibt sich folgendes Phänomen: Jeder Fall, der von der eigenen Rechtsordnung erfaßt wird, fällt in den Umfang der

---

beachten, in deren Umfang der gegebene Sachverhalt fallen könnte, "für den beratenden Anwalt gibt es keine lex fori" (N e u m e y e r , aaO., S.95). Daß die Fragen des IPR je nach dem Standpunkt des Fragenden, sei er Gesetzgeber, Richter oder Rechtsunterworfener sich verändern, betont auch W e n g l e r , RabelsZ Bd.16 (1951) S.1.

1) So im Bereich des öffentlichen Rechts und des Strafrechtes. Damit wird aber nicht ausgeschlossen, daß auch in diesem Zusammenhang fremdes Recht anzuwenden ist. So kann die Frage, ob jemand die deutsche Staatsangehörigkeit nach § 25 RuStAG verloren hat, nur unter Anwendung ausländischen Rechts entscheidend werden, auch wenn an sich die deutschen Organe nur zuständig sind, über Bestehen oder Nichtbestehen der deutschen Staatsangehörigkeit zu entscheiden.
Das gleiche gilt im Strafrecht für den Fall des § 3 Abs. II oder § 4 Abs.II StGB.

eigenen staatlichen Zuständigkeit[1]. Dieser Satz ist aber nicht umkehrbar, vielmehr ist der Umfang der staatlichen Zuständigkeit weiter als der der eigenen Rechtsordnung. Daraus entsteht eine Normenlücke, die Gerichte eines Staates haben über Sachverhalte zu entscheiden, für die ihnen die eigene Rechtsordnung keine bindenden Topoi zur Verfügung stellt. Die daraus entstehende Lücke muß ausgefüllt werden, durch richterliche Rechtsschöpfung oder durch Anwendung fremden Rechts.

---

1) Die Terminologie hält sich an R i e z l e r , Internationales Zivilprozeßrecht, S.203. Unter der staatlichen Zuständigkeit wird die Zuständigkeit der Staatsorgane in ihrem vollen Umfang verstanden, während der an sich mehr übliche Ausdruck "Internationale Zuständigkeit" nur die Zuständigkeit über Sachverhalte mit Auslandsbeziehung meint. Als Gegensatz dazu soll der Begriff "Umfang der Rechtsordnung" auf den Regelungsbereich des materiellen Rechts abstellen.
Die französische Rechtslehre kennt diese Unterscheidung ebenfalls. B a t i f f o l (Traité No.682, S.752) stellt die "compétence législative" der "compétence judiciaire" gegenüber. B i s c h o f f untersucht unter dem Titel: "La compétence du droit français dans le réglement des conflits de lois" den Umfang des französischen Privatrechts.
Der im englischen und amerikanischen Recht beliebte Begriff der "jurisdiction" ist dagegen vieldeutig.
Er kann bedeuten:
1. Den gesamten Bereich, innerhalb dessen ein Staat völkerrechtsgemäß handeln kann.
Bei O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t bedeutet: "territorial jurisdiction" = Gebietshoheit (S.325), der gleiche Begriff, bezogen auf Inländer im Ausland und Ausländer (Jurisdiction over Citizens abroad, § 145, S.330 und Criminal Jurisdiction over Foreigners in Foreign States, § 147, S.331 f.) bedeutet: potentieller Umfang des materiellen Rechts.
H y d e (Bd.I, S.726) stellt unter der Überschrift "Rights of Jurisdiction" fest: "The exercise of jurisdiction, that is, of the right of doing justice, requires a decision by a State first, as to the lawfulness or unlawfulness of acts; and secondly, as to the effects to be given to lawful or unlawful acts." Aus der Fähigkeit, Recht zu sprechen, wird also die Fähigkeit, Recht zu setzen, gefolgert.
In ähnlichem Sinne definiert das American Restatement of the Law of Conflicts of Law den Begriff "jurisdiction" als (Comment a zu § 42): The power of a State to speak with binding effect concerning legal relations". Es unterteilt den Oberbegriff in "executive" (sect. 56-58) "legislative" (sect. 59-70) und "judicial jurisdiction" (sect. 71-73).

IV. Zusammenfassung

Das Internationale Privatrecht hat seinen rechtslogischen Ursprung in der Tatsache, daß der Umfang der staatlichen Zuständigkeit über den Umfang der staatlichen Rechtsordnung hinausgeht[1]. Wäre dem nicht so, so gäbe es nur ein Normengrenzrecht im engeren Sinne.

Aus den bisherigen Darlegungen ergibt sich, daß eine perfekte Harmonie herbeigeführt werden könnte, wenn es möglich wäre die Zuständigkeit wie den materiellen Umfang der Rechtsordnungen nahtlos und widerspruchsfrei aneinander zu fügen; dabei könnte man ein Überschneiden der Zuständigkeit noch in Kauf nehmen, wenn nur die Harmonie des materiellen Rechts gesichert wäre. Ein solches Ordnungsprinzip kann aber nicht aus der Logik kommen, sondern nur aus dem Recht, d.h. aber

---

2. "Jurisdiction" kann aber auch den aktuellen Raum staatlicher Machtausübung bedeuten, unabhängig von der völkerrechtlichen Legitimation. So spricht der U.S. Supreme Court im Fall American Banana Co. v. United Fruit Co. (213 U.S. 347) von der "de facto jurisdiction": "The substance of the complaint is that, the plantation being within the de facto jurisdiction of Costa Rica, that State took and keeps possession of it by virtue of its sovereign power." Das Gericht hält es für unerheblich, ob Costa Rica seine "jurisdiction" völkerrechtswidrig ausgedehnt habe, es lehnt die Überprüfung der Besitznahme, d.h. also auch der Ausdehnung der Gebietshoheit gem. der "Act of State Doctrin" ab.

3. Jurisdiction " Rechtsordnung. Man vergleiche dazu den Satz von C a v e r s (Selected Readings, S.104): "The conflicts rule indicates in which jurisdiction the appropriate law may be found."

4. "Jurisdiction" kann aber auch eine der französ. "Compétence judiciaire" entsprechende Bedeutung annehmen. Unter diesem Begriff lassen sich die deutschen Begriffe "Gerichtsbarkeit" (i.S. des § 18 GVG) und "internationale Zuständigkeit" zusammenfassen. Vgl. dazu die Umschreibung bei D i c e y , S.127.

1) B a t i f f o l , Traité No.682, S.752: "La distinction des règles de compétence judiciaire et de compétence législative est ... le fondement même de la conception actuelle du droit international privé".

aus einer übergeordneten Rechtsordnung. Läßt sich ein derartiges Koordinationsprinzip nicht finden, so drohen zwei Gefahren:

Die gleiche Frage, der gleiche Lebenssachverhalt fällt in den Umfang verschiedener Rechtsordnungen und wird von ihnen verschieden gelöst. Damit kann der einzelne einem Normenwiderspruch ausgesetzt werden, aus dem er sich nur durch Nachgeben einer Rechtsordnung lösen kann[1].

Wird aber ein Sachverhalt von keiner Rechtsordnung erfaßt, dann riskiert der einzelne rechtlos zu bleiben. Allerdings ist hier die Gefahr geringer, wenn er ein Forum finden kann und dieses zumindest zu richterlicher Rechtsschöpfung ermächtigt ist.

---

1) Z.B.:Der Kläger klagt vor einem Gericht des Staates A. Dieses erläßt einen Beweisbeschluß, wonach der Kläger gewisse Schriftstücke vorzulegen hat, kommt er diesem Beschluß nicht nach, so wird er a limine abgewiesen. Nun verbietet aber das Heimatrecht des Klägers unter Strafandrohung die Vorlage dieses Beweismaterials. Ein Fall dieser Struktur liegt der Entscheidung des U.S. Supreme Court in der Affaire Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales S.A. v. Rogers, Attorney General et al. (v. 16.6.1958, 357 U.S. 197) zugrunde. Der Supreme Court entschied, daß die schweizer Klägerin nicht a limine abgewiesen werden dürfe, schloß aber ihren Prozeßverlust wegen Beweisfälligkeit nicht aus.

§ 4

Sachnormenschöpfung und Anwendung fremden Rechts

I. Grundlagen

Sieht sich der Richter vor die normlogische Differenz zwischen den Umfang seiner Zuständigkeit und den seiner Rechtsordnung gestellt, so steht er vor folgendem Problem:

(1) Er ist zuständig, d.h., seine Rechtsordnung gebietet ihm, sich mit dem ihm vorgelegten Lebenssachverhalt rechtlich zu befassen, eine Abweisung unter Berufung auf den Normenmangel ist ihm verboten[1].

(2) Aus den Grenzen, die sich seine Rechtsordnung selbst gezogen hat, erkennt er, daß ihre Normen, d.h. die von ihr für verbindlich erklärten Topoi nicht angewendet werden müssen. In diesem Fall kann er noch den Weg der analogen Anwendung beschreiten. Die Interpretation der Grenznorm kann aber auch ergeben, daß er die Topoi seiner eigenen Rechtsordnung gar nicht anwenden darf.

Der erste Lösungsweg der sich anbietet, ist die Ausfüllung der Lücke durch die Bildung neuer Topoi, m.a.W. durch Schöpfung von Sachnormen. Ein solches Vorgehen wird, wenn es sachgerecht, d.h. an der Gerechtigkeit orientiert ist, berücksichtigen, daß der zur Entscheidung anstehende Sachverhalt enge Beziehungen zu einer bestimmten anderen Gemeinschaft hat. Daraus kann sich ergeben, daß die zur Lösung verwendeten Topoi ganz oder teilweise dieser fremden Rechtsordnung entnommen werden.
In der Konsequenz kann dies dazu führen, daß der Richter die gleichen Topoi anwendet, auf die sein Kollege in der fremden Rechtsordnung seine Entscheidung stützen würde. Dieses Vorgehen kann institutionell verfestigt werden. Wie der Richter verpflichtet werden kann, auf bestimmte typische Fälle

---

1) Vgl. dazu die Formulierung von art.4 Code civil.

bestimmte Topoi anzuwenden, kann er auch angewiesen werden, dieselben Topoi anzuwenden, wie der Richter einer anderen Rechtsordnung.
Diese Grundhaltungen gegenüber dem Sachverhalt, der von der eigenen Rechtsordnung nicht erfaßt wird: Schöpfung neuer Sachnormen und Anwendung fremden Rechts, sind daher näher zu betrachten.
Entscheidend ist für alle hier zu betrachtenden Fälle ein charakteristischer Zug: Der Normenmangel tritt deswegen ein, weil der Sachverhalt nicht nur Beziehungen zur eigenen Gemeinschaft hat, er überschreitet deren Grenzen. Für das staatliche Recht kann daher von einem "transnationalen" Sachverhalt gesprochen werden[1].

II. Das Institut des Rechtsanwendungsbefehls

1. Soll die Anwendung juristischer Topoi auf bestimmte Sachverhalte den Organen vorgeschrieben, für sie verbindlich gemacht werden, so muß im Rahmen der Organisation der Gemeinschaft ein entsprechender Befehl erteilt werden. Diesen Befehl an die Staatsorgane trägt z.B. im modernen Staat jedes ordnungsgemäß erlassene Gesetz in sich. Neben dem Bereich der richterlichen Rechtsschöpfung, dem Bereich der eigentlichen juristischen Topik, steht eben der andersgeartete der verbindlichen Normen.

---

1) Der Begriff der transnationalen Situation ist der Terminologie von J e s s u p (Transnational Law) entnommen. Er bezeichnet als transnational law: "all law which regulates actions or events that transcend national frontiers" (S.2). Dazu ist zu bemerken, daß der dieser Definition zugrunde liegende Begriff der transnationalen Situation zu eng gefaßt ist, denn es geht hier nicht nur um den räumlichen, sondern auch um den persönlichen Bereich. Das von J e s s u p beschworene transnationale Recht ist ein Komplex internationaler Sachnormen: "to envisage the applicability of transnational law it is necessary to avoid thinking solely in terms of a particular forum" (S.2).

Ein derartiger Rechtsanwendungsbefehl ist an sich ein Bestandteil der Gerichtsverfassung. Diese Tatsache wird dadurch verdeckt, daß er regelmäßig in der Rechtsnorm selbst verborgen ist, sie erhellt aber aus der generellen, an die als Organe handelnden Menschen gerichteten Sanktion, durch die der Rechtsanwendungsbefehl bewehrt wird[1]. Noch deutlicher tritt sie hervor, wenn der Rechtsanwendungsbefehl im Richtereid[2] oder im Statut des Gerichts festgelegt wird[3].

2. Dieser Rechtsanwendungsbefehl kann sich auf fremdes Recht richten, d.h. auf Normen, die von den Organen einer anderen Gemeinschaft regelmäßig angewendet werden, deren Anwendung also nur für diese Organe verbindlich ist, durch den Rechtsanwendungsbefehl aber auch für die eigenen Organe verbind-

---

1) So z.B. § 336 des deutschen StGB.

2) So z.B. § 3 der Ordnung des Reichskammergerichts von 7.8.1495 (zitiert nach Z e u m e r , Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, Nr.174):
"Item die alle söllen zuvor Unser Koniglicher oder Kaiserlicher Majestät geloben und zu den Hailigen swern: Unserm koniglichen oder kaiserlichen Kamergericht getrewlich und mit Vleis ob sein und nach des Reichs gemainen Rechten, auch nach redlichen, erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnhaiten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sy pracht werden, dem Hohen und den Nidern nach seinen besten Verstentnus gleich zu richten und kein Sach sich dagegen bewegen zu lassen ..."
Weitere Beispiele finden sich in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, s. etwa den Jay-Treaty zwischen Großbritannien und den USA v. 19.11.1794 (S t u y t , Survey of International Arbitrations, No.1-3), den Vertrag von San Lorenzo el Real zwischen den USA und Spanien v. 27.10.1795 (S t u y t , Nr.4), die Convention von Madrid zwischen den gleichen Staaten v. 11.8.1802 (S t u y t Nr.7), den Vertrag von Gent zwischen Großbritannien und den USA v. 24.12.1814 (S t u y t , Nr.11-14), die Convention von Paris zwischen Frankreich und den alliierten Mächten v. 20.11.1815 (S t u y t , Nr.20-22).

3) Vornehmstes Beispiel ist Art.38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes.

lich gemacht wird. Da er zur Ausfüllung der normlogischen Differenz zwischen Zuständigkeit und Umfang der eigenen Rechtsordnung dienen kann, ist seine Zusammenfassung mit der Grenznorm zur "allseitigen Kollisionsnorm" möglich. Diese formale Zusammenfassung darf aber nicht darüber hinwetäuschen, daß in einer Norm, unter Verwendung der gleichen Begriffe, verschiedenartige Funktionen verbunden sind. Dieser Unterschied ist im einzelnen aufzuzeigen.

3. Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl unterscheiden sich in der Funktion, im Normadressaten und in der Interpretation.

a) Daß ein Unterschied in der Funktion besteht fällt von vornherein auf: Die Grenznorm setzt einer geltenden Norm der eigenen Rechtsordnung die Grenze, sie begrenzt den in der Norm enthaltenen Imperativ und kann daher als Bestandteil des Imperativs, als ergänzende Norm angesehen werden. Im Rahmen der Rechtsordnung steht sie auf der gleichen Stufe, wie die Definitionsnormen. Der Rechtsanwendungsbefehl verleiht dagegen einer an sich in der Rechtsordnung nicht geltenden Norm die Geltung, er steht nicht auf der Stufe der Definitionsnormen, sondern auf der der Geltungsvoraussetzungen. Wie noch nachzuweisen sein wird, nähert er sich den Ermächtigungen zur freien richterlichen Rechtsschöpfung.

b) Die Grenznorm hat keinen Normadressaten im engeren Sinne, denn sie stellt für sich allein keine vollständige Norm dar. Sie bestimmt aber erst den Adressatenkreis der Norm, darum ist sie Bestandteil des normierten Imperativs und damit, wie die von ihr begrenzte Sachnorm selbst, an den von der Norm angesprochenen einzelnen adressiert. Aus ihr läßt sich nicht erkennen daß die Norm gilt, wohl aber für wen sie gilt. Der Rechtsanwendungsbefehl wendet sich dagegen an den Richter, er allein ist der Adressat seines Befehls[1]; der einzelne

1) A.A. R a a p e , Internationales Privatrecht, S.3 f. Er stützt seine These, die Kollisionsnorm wende sich an die Partei, nicht nur an den Richter, auf zwei Argumente:

Angehörige der Rechtsgemeinschaft ist nur mittelbar Adressat, weil er auf Grund des Rechtsanwendungsbefehls das Verhalten der Organe in bestimmten Fällen voraussagen kann. Der den einzelnen beratende Anwalt muß den Rechtsanwendungsbefehl beachten[1], genauso, wie er die Zuständigkeit der Organe nicht nur der eigenen, auch fremder Gemeinschaften und deren Rechtsanwendungsbefehl beachten muß, wenn er das Schicksal einer Rechtsbeziehung für die Zukunft bestimmen will. Konkret gesprochen: Wer ein transnationales Testament rechtsgültig für alle in Frage kommenden Rechtsordnungen errichten will, muß sich überlegen, welche Gerichte damit befaßt werden könnten und welches Recht diese Gerichte anwenden würden, genauso, wie er nicht nur die staatlichen, sondern auch die kirchenrechtlichen Folgen einer Ehescheidung bedenken muß.
Daraus allein läßt sich aber nicht folgern, daß auch die Zuständigkeitsregelungen an den einzelnen adressiert sind.

Der Rechtsanwendungsbefehl kann aber zugleich die Funktion einer Grenznorm haben, dann nämlich, wenn er den Umfang der von ihm berufenen fremden Norm verändert. Dann greift er in die Norm selbst ein, nicht anders, als wenn er ihren sachli-

---

(1) Die Kollisionsnorm wende sich an die Partei, weil diese sie beachten müsse, um ihre Rechtsstellung zu erkennen; (2) Die Grenze zwischen Kollisionsnorm und Sachnorm sei so unscharf, daß sie in vielen Einzelfällen streitig sei. Dagegen ist einzuwenden:
Ad (1) In dem von R a a p e angegebenen Sinne wendet sich jede Norm an die Partei, weil sie den Zweck hat, menschliches Verhalten zu regeln. Entscheidend ist aber, wer Adressat des in der Norm enthaltenen Imperativs ist.
Ad (2) Als Beispiel führt R a a p e (S.4) Art.7 II EGBGB an, der aber sogar den Paradefall einer Grenznorm darstellt und § 2251 BGB. Aber auch diese Bestimmung enthält nur eine Grenznorm, selbst wenn man sie mit R a a p e (aaO., Fn.1) auch auf Ausländer ausdehnen wollte. Ähnliches gilt für den von N e u h a u s (Grundbegriffe, S.49) erwähnten § 92c HGB (s. dazu S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Arbeitsrecht, S.52, Fn.2).

1) Karl N e u m e y e r , Internationales Verwaltungsrecht Bd.IV, S.95: "Für den beratenden Anwalt gibt es keine lex fori".

chen Inhalt verändern würde[1]. Auch in diesem Fall ist der Rechtsanwendungsbefehl selbst an das Organ gerichtet, die in ihm zugleich enthaltene Grenznorm wird aber zum Bestandteil der fremden Sachnorm und ist daher auch an den einzelnen adressiert.

c) Aber auch die Interpretation von Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl kann sich nicht decken und zwar auch dann nicht, wenn beide zu einer allseitigen Kollisionsnorm verbunden sind. Hier ist der dogmatische Ort, an dem sich das Problem der Qualifikation stellt.

i) Wird die Grenznorm aus der Sachnorm herausgelöst, gleichsam vor die Klammer gezogen, so daß sie einen größeren Kreis von Einzelnormen begrenzt, so muß ihre Begriffsbildung das hinter allen von ihr begrenzten Normen stehende gemeinsame Merkmal herausheben. Aus diesem Grund beruhen daher die Begriffe der Grenznorm auf einem höheren Grad von Abstraktion, als die der von ihr begrenzten Sachnormen. Die begrenzte Kategorie von Normen wird regelmäßig mit einem Systembegriff der eigenen Rechtsordnung bezeichnet werden, einem Begriff also, mit dem die Rechtslehre bestimmte Gruppen von Regelungen zusammenfaßt, wie: Geschäftsfähigkeit, Unerlaubte Handlung, Eheliches Güterrecht und ähnliches. Auch die gezogene Grenze wird regelmäßig einen Systembegriff oder ein Institut der eigenen Rechtsordnung, wie Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz, enthalten. Da diese Begriffe die eigenen Normen begrenzen sollen, müssen sie auch nach der eigenen Rechtsordnung ausgelegt werden[2].

ii) Anders ist die Lage beim Rechtsanwendungsbefehl. Auch seine Formulierung kann der Begriffe nicht entraten, und

---

1) D.h. bei Ablehnung der Rückverweisung.

2) Wenn die deutsche Grenznorm lautet: Das deutsche Recht der unerlaubten Handlungen erfaßt alle Fälle, deren Begehungsort in Deutschland liegt, so ist es allein Sache des deutschen Rechts, die Begriffe "unerlaubte Handlung" und "Begehungsort" zu bestimmen, s. zu ersterem BGHZ 23, 65, zu letzterem RGZ 138, 243.

dort, wo er auf ganze Normenkategorien gerichtet sein soll, kann er nicht konkreter formuliert werden, als die entsprechende Grenznorm. Die Formulierung wird also regelmäßig nicht in Begriffen erfolgen, die Lebenssachverhalte beschreiben, sondern in Systembegriffen. Da aber die Rechtsanwendungsbefehle die Funktion haben, zumindest teilweise die von der Grenznorm geschaffene normlogische Differenz auszufüllen, wird ihre Begriffsbildung derjenigen der Grenznorm entsprechen, also aus Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung bestehen. Die nebeneinander bestehenden Rechtsanwendungsbefehle ergeben, ebenso wie die nebeneinander bestehenden Grenznormen der eigenen Rechtsordnung, ein Rechtssystem, ein sinnvolles Ganzes. Versteht man die Begriffe des Rechtsanwendungsbefehls aber dahin, daß sie auf die entsprechenden Systembegriffe des fremden Rechts gerichtet sind, so können sich Normenlücken ergeben, da die fremden Systembegriffe den eigenen nicht notwendig entsprechen werden. Das bekannte Problem der Qualifizierung der Verjährung gibt dazu eine Illustration[1]. Daraus folgt, daß die im Rechtsanwendungsbefehl erfolgte Umschreibung der anzuwendenden Normen des fremden Rechts weder der Kategorienbildung der Grenznorm, noch der des fremden Rechts zu entsprechen braucht, ja entsprechen darf, wenn eine sinnvolle Ausfüllung der Lücke erfolgen soll.

---

[1] Wenn die französische Grenznorm bestimmt, daß die Beachtung der vom französischen Recht vorgeschriebenen Form genügt, um eine in Frankreich gültige Ehe zu schaffen, so ist allein nach französischem Recht zu interpretieren, ob die religiöse Eheschließung unter den Begriff der Form in diesem Sinne fällt (bejahend die Cour de Cassation im Falle Caraslanis c. dame Caraslanis, R.C.D.I.P., 1955, Bd.44, S.723 mit note B a t i f f o l).

Durch Anwendung des Systembegriffes des Rechts von Tennessee hatte das Reichsgericht 1882 (RGZ 7,21) eine Entscheidung gefällt, die eine dem englischen oder amerikanischen Recht unterliegende Forderung für Deutschland praktisch als unverjährbar erscheinen ließ; (während andererseits später RGZ 106,82 die Unverjährbarkeit gewisser Forderungen nach schweizerischem Recht als Verstoß gegen den deutschen ordre public ansah) dieses Ergebnis konnte nicht aufrecht erhalten werden, heute werden die Systembegriffe des fremden Rechts nicht mehr beachtet, vgl. BGH NJW 1960, S.1720.

Vielmehr verweist der Rechtsanwendungsbefehl auf diejenigen Normen des fremden Rechts, die dort die gleiche Funktion erfüllen, wie die von der Grenznorm begrenzten Normen des eigenen Rechts[1].

Das soll an einem konkreten Beispiel dargestellt werden:

In einem Scheidungsverfahren beantragt die klagende Frau, den beklagten Mann zur Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses zu verurteilen. In diesem Fall ist folgender geistiger Weg zu durchlaufen:

(1) § 627 ZPO gibt die prozessuale Grundlage, er kann eine Ermächtigung zur konkreten Rechtsgestaltung enthalten[2]. Wenn dies zuträfe, würde sich jede grenzrechtliche Prüfung erübrigen. Aus § 1360a Abs.IV S.1 BGB ergibt sich aber, daß dies nicht der Fall ist[3].

(2) Anspruchsgrundlage nach deutschem Recht ist § 1360a Abs.IV BGB. Diese Bestimmung wird durch das EGBGB begrenzt. Hier stehen sich zwei in Frage kommende Kategorien gegenüber: Die "persönlichen Rechtsbeziehungen" des Art.14 Abs.I und das "eheliche Güterrecht" des Art.15 Abs.I. Im ersten Falle kommt es darauf an, ob der Ehemann jetzt Deutscher ist, im zweiten Falle, ob er zur Zeit der Eheschließung Deutscher war. Ob das Merkmal des Deutschen vorliegt, bestimmt sich nach deutschem Staatsangehörigkeitsrecht. Nach deutscher Auffassung gehört die Pflicht, einen Prozeßkostenvorschuß zu leisten, zum Bereich des Unterhaltsrechts und damit der persönlichen Beziehungen der Gatten, also greift Art.14 EGBGB ein. Ist der Ehemann nach deutschem Staatsangehörigkeitsrecht jetzt nicht als Deutscher

---

1) Zum Problem der Verweisung auf die Systembegriffe des fremden Rechts s. M a k a r o v , Festschrift für Dölle, Bd.II, S.152 ff., mit weiteren Nachweisen.

2) Dies hatte das OLG Stuttgart 1956, also vor dem Inkrafttreten des § 1360a Abs.IV BGB angenommen (IPRSpr. 1956-57, Nr.107).

3) So OLG Düsseldorf, NJW 1961, S.1583.

anzusehen, so folgt daraus, daß er nach § 1360a Abs. IV BGB nicht verpflichtet sein kann.

(3) Diese Lücke ist durch den gewohnheitsrechtlich aus Art.14 EGBGB entwickelten Rechtsanwendungsbefehl zu schließen, der auf das Recht verweist, dem der Mann jetzt angehört[1]. Die Staatsangehörigkeit bestimmt sich aber nach dem Recht der einzelnen Staaten, der Richter muß also theoretisch alle Staatsangehörigkeitsrechte sämtlicher Staaten der Erde durchgehen, um festzustellen, welcher Staat den Mann als seinen Angehörigen in Anspruch nimmt. Dabei muß er die jeweiligen Rechte in ihrer eigenen Auslegung anwenden. Insoweit besteht also eine Pflicht zur Interpretation nach der lex causae aus dem Sinn und Zweck der Anknüpfung heraus.

(4) Hat der Richter nach obiger Methode festgestellt, daß der Mann britischer Staatsangehöriger ist, so hat er englisches Recht anzuwenden und zwar nicht die Sachnormen, die das englische Recht unter seinen Systembegriff der persönlichen Ehewirkungen faßt, sondern diejenigen die in ihrer Funktion der deutschen Norm entsprechen, unabhängig davon, ob sie nach der englischen Auffassung als prozeßrechtliche oder güterrechtliche oder unterhaltsrechtliche Normen zu verstehen sind, denn diese Systembegriffe des englischen Rechts hat der deutsche Richter gerade nicht anzuwenden[2].

(5) Nach Art.27 EGBGB hat der deutsche Richter aber das englische Recht nur in dessen eigenem Umfang heranzuziehen. Also muß er die englische Grenznorm überprüfen und zwar sowohl hinsichtlich des von ihr verwendeten Systembegriffs, weil er nur dadurch feststellen

---

1) A.A. das OLG Düsseldorf, aaO., das hier den Grundsatz des "schwächeren Rechts" anwenden will.

2) Das englische Recht gewährt dem Richter in diesen Fällen einen sehr weiten Ermessensraum, s. dazu B r o m l e y , Family Law, S.207 ff. Man wird diese Ermächtigungen daher in den Bereich der konkreten Rechtsgestaltung einordnen können.

kann, ob die von ihm gefundene Sachnorm darunter fällt, als auch hinsichtlich des Anknüpfungsbegriffes. Wenn sich ergibt, daß die Sachnorm nur dann eingreift, wenn die Ehegatten ein "domicil" in England haben,[1] so muß er den Begriff des "domicil" nach englischem Recht auslegen[2].

Aus dieser Überlegung ergibt sich also folgendes Schema für die Auslegung[3]:

I. Grenznorm:
   1) Anknüpfungsgegenstand: lex fori
   2) Anknüpfungsbegriff: lex fori.

II. Rechtsanwendungsbefehl:
   1) Anknüpfungsgegenstand: Nicht allein lex fori;
   2) Anknüpfungsbegriff: Im einzelnen zu prüfen, lex causae bei Staatsangehörigkeit, lex fori z.B. bei Wohnsitz, Erfüllungsort.

III. Ausländische Grenznorm:
   1) Anknüpfungsgegenstand: lex causae
   2) Anknüpfungsbegriff: lex causae

Daraus folgt: Problematisch ist allein der Anknüpfungsbegriff des Rechtsanwendungsbefehls. Er ist Gegenstand des Theorienstreits über die Qualifikation[4].

Daraus folgt aber weiter, daß zwischen der Grenznorm und dem Rechtsanwendungsbefehl ein Wesensunterschied besteht, denn bei der Grenznorm kann die Auslegung nicht ohne Rückgriff auf die Sachnormen des eigenen Rechts erfolgen.

---

1) Das englische Recht knüpft schon die Internationale Zuständigkeit der Gerichte an das englische domicil an, vgl. D i c e y , Rule 39 ff., es liegt also eine "versteckte Rückverweisung" vor (zum Begriff s. N e u h a u s , Grundbegriffe, S.190 ff.).

2) R a a p e , Internationales Privatrecht, S.112 f.

3) Die Begriffsbildung hält sich an M a k a r o v , Festschrift für Dölle, Bd.II, S.150 f. Anknüpfungsgegenstand ist danach die Kategorie von Sachnormen, die begrenzt wird oder deren Anwendung der Rechtsanwendungsbefehl gebietet, Anknüpfungsbegriff die Rechtsinstitute oder die Tatsachen durch welche die Anknüpfung bewirkt wird, die Staatsangehörigkeit oder der Wohnsitz.

4) Eine Darstellung über den Stand der Meinungen in Lehre und Rechtsprechung findet sich bei M a k a r o v , aaO., S. 149 ff., die gesamte Entwicklung des Problems wird aufge-

iii) Die Situation verändert sich aber radikal, wenn man die hier dargestellte Methode umkehrt, das fremde Recht nicht als Ausfüllung einer Lücke des eigenen Rechts ansieht, sondern die allseitige Kollisionsnorm als ein funktionelles Über-Recht versteht, unabhängig vom formalen Rang der Norm[1]. Dann muß das eigene Recht genauso zur Anwendung berufen werden, wie das fremde[2], das nationale Privatrecht wird gleichsam zum besonderen Anwendungsfall des Internationalen Privatrechts[3]. Der methodische Ausgangspunkt verändert sich: Der Richter prüft nicht vorweg die Grenzen seines eigenen Rechts; er prüft vielmehr zuerst die allseitige Kollisionsnorm daraufhin, welches Recht nach ihr angewendet werden muß. Dieses Vorgehen verlangt nach einer anderen Methode. Kann der Richter, der die Grenzen der eigenen Rechtsordnung erkennen will, nicht von der lex fori abstrahieren, da er ja gerade diese begrenzen muß, so darf er überhaupt nicht von der lex fori ausgehen, wenn er vorweg alle Rechtsordnungen der Erde begrenzen will. Die rechtsvergleichende Methode zwingt sich hier auf, die "Dritte Schule" des Internationalen Privatrechts hat an diesem Punkt ihren Standort[4].

---

zeigt von R i g a u x , La Théorie des Qualifications en droit international privé.

1) Über die Vorstellungen, die dieser Ansicht zugrunde liegen und im wesentlichen auf Savigny zurückgehen, s. V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.215 ff.

2) R a b e l , Das Problem der Qualifikation, RabelsZ Bd.5, 1931, S.248 f.

3) W. G o l d s c h m i d t , Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd.4, S.122.

4) Zum Begriff der "Dritten Schule" s. Z w e i g e r t , Festschrift für R a a p e , S.35 ff.
Zur Methode s. R a b e l , RabelsZ Bd.5, 1931, S.241 ff. und The Conflict of Laws, A Comparative Study, Bd.1, S.54 ff.

Normlogisch stehen sich beide Verfahren gleichberechtigt gegenüber, die Entscheidung kann nur mit rechtspolitischen Erwägungen gefällt werden[1]. Die Grundentscheidung zwingt aber der Qualifikation die Methode auf.

III. Die Anwendung ausländischen Rechts

Bisher wurde die Funktion des Rechtsanwendungsbefehls betrachtet, die Frage, warum fremdes Recht angewendet wird. Offen bleibt daher aber noch, wie es angewendet wird, oder, anders ausgedrückt, ob sich die Anwendung des fremden Rechts von der des eigenen unterscheidet. Am deutlichsten tritt das Phänomen dann hervor, wenn es mit einem ähnlichen, aber wesensmäßig anderen verglichen wird: dem der Rezeption.

---

1) So verteidigt N e u h a u s , Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, S.53 ff., diese Methode mit folgenden Gründen:
Der Ausgang vom Gesetz und seinem Umfang habe folgende Nachteile:
(1) Dabei werde zu sehr auf die Interessen des Staates und zu wenig auf die des Menschen gesehen;
(2) der Umfang des Gesetzes lasse sich oft schwer bestimmen;
(3) die Betrachtung vom Gesetz her erschwere die Vereinheitlichung des IPR;
(4) sie müßte konsequent zu einem System einseitiger Kollisionsnormen führen.
Dem läßt sich entgegenhalten:
Ad (1): Der Ausgang vom Sachverhalt führt zu einer autonomen Aufteilung aller Rechtsordnungen, unabhängig von den Grenzen, die sich selbst beilegen. Die Folge sind hinkende Rechtsverhältnisse.
Ad (2): Der Umfang eines Rechtssatzes läßt sich vom Richter zumindest durch teleologische Interpretation ermitteln. Diese Aufgabe ist nicht schwerer zu lösen als die Ermittlung des Telos irgendeiner Sachnorm, die zum täglichen Brot des Richters gehört.
Ad (3): Die Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts läßt sich nicht ohne Vereinheitlichung der Grenznormen verwirklichen. Nur dadurch wird vermieden, daß zwei verschiedene Rechtsordnungen den gleichen Sachverhalt regeln. Der Funktionsunterschied von Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl kann daher nicht ausgeschaltet werden.
Ad (4): Darin allein dürfte kein Übel zu sehen sein.

1. Rezeption[1] ist die Übernahme eines fremden Rechts durch eine Gemeinschaft in der Form, daß das fremde Recht von nun als eigenes Recht der Gemeinschaft gelten soll. Technisch muß dies durch Rechtsanwendungsbefehle vorgenommen werden, die dem bisher nicht geltenden fremden Recht in der eigenen Gemeinschaft dadurch Geltung verleihen, daß den Organen die Anwendung der fremden Normen befohlen wird. Der Vorgang sieht also nicht anders aus, als der dem Internationalen Privatrecht eigene Befehl zur Anwendung fremden Rechts. Entscheidend ist aber die Erwägung, daß das bisher fremde Recht jetzt als eigenes gelten soll[2], aus der Vorstellung heraus, daß es das sachlich bessere, gerechtere sei. Mit der Anwendung des bisher fremden Rechts als eigenes übernehmen die Organe der Gemeinschaft die Verantwortung für seine gerechte Anwendung und Fortbildung.
Der Anwendung des fremden Rechts im Rahmen des Internationalen Privatrechts liegt aber eine andere Erwägung zugrunde. Hier geht es nicht darum, daß das fremde Recht als solches das bessere und gerechtere wäre, sondern daß das eigene Recht für den Fall nicht paßt, so daß seine Anwendung auf den konkreten Fall ungerecht wäre, weil er eigentlich von einer fremden Rechtsordnung beurteilt werden müßte.

2. Daraus ergibt sich aber auch ein Verhalten gegenüber dem fremden Recht, das sich von der Anwendung des eigenen Rechts wesentlich unterscheidet. Jede Entscheidung, die das eigene Recht anwendet, ist ein Baustein im Gebäude der eigenen Rechtsordnung, ihr gegenüber trägt der Richter die Verantwor-

---

1) Allgemein zur Rezeption als kulturgeschichtliches Phänomen s. W i e a c k e r , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.63 ff.

2) Vgl. dazu W. G o l d s c h m i d t , Systema y filosofia del Derecho internacional privado, Bd.I, S.22:
"No se debe confundir la llamada aplicación de Derecho extranjero con su recepción. La recepción consiste en adoptar la manifestación de la conducta legislativa ajena (la ley) como propia, tratándose de su auténtica 'apropiación'. Por ello, la interpretación, y, por consiguente, la aplicación del Derecho adoptado, si bien puede remontarse a la conducta del legislador ajeno, ha de referirse sobre todo a la conducta de los propios conciudadanos."

tung für die Gerechtigkeit seiner Lösung. Auch im Bereich des kodifizierten Rechts wird die Norm ausgelegt und damit übersponnen von Präjudizien, die auf Wertungen beruhen. Diese Wertungen selbst stehen im Zusammenhang mit den in der Gemeinschaft vorherrschenden Wertvorstellungen, erhalten ihr Gepräge durch die Welt- und Wertanschauungen des Richters, der selbst ein Glied der Gemeinschaft ist.
Wird der Richter aber durch seine Grenznorm aus der Gemeinschaft hinaus und durch den Rechtsanwendungsbefehl auf fremdes Recht verwiesen, so wird ihm die Verantwortung für die Gerechtigkeit seiner Entscheidung abgenommen und der fremden Rechtsordnung zugewiesen. Zugleich ist seine Entscheidung kein Baustein im Gebäude der fremden Rechtsordnung, da der Richter nicht in ihr lebt, die Welt- und Wertanschauungen dieser Gemeinschaft für ihn nicht selbstverständlicher geistiger Besitz, sondern etwas intellektuell zu erwerbendes sind. Daraus ergibt sich die Forderung, er solle entscheiden, wie es ein Richter der Rechtsordnung tun würde, auf den ihn der Rechtsanwendungsbefehl verweist[1]. Die richtige Haltung gegenüber dem fremden Recht ist also nicht die eines verantwortlichen Mitgestalters, sondern eines Betrachters; er hat ein Wahrscheinlichkeitsurteil darüber zu fällen, wie die Entscheidung des fremden Gerichts im gleichen Falle lauten würde[2]. G o l d s c h m i d t drückt dies mit dem Bild aus:

---

1) K o s t e r s - D u b b i n k , S.740: "als de staat in zijn wet het vreemde recht op de aangelegenheid toepasselijk verklaart, dan is het, omdat deze in de vreemde sfeer thuis behoort, hetgeen meebrengt, dat sij ten volle in de daar heersende geest moet beoordeeld worden; de rechter moet denken, zoals men in het vreemde land denkt, niet war hij zelf beter logischer of billijker acht."

2) K e g e l , S.180 f., hält das Gebot der Anwendung fremden Rechts in der Form, wie es im eigenen Land angewendet wird, nur für ein Gebot des Takts. Der inländische Richter stehe dem fremden Recht mit nicht weniger Freiheit gegenüber, als dessen eigener Richter. Er kann sich auf die ältere Rechtsprechung stützen. So legte das RG in einem Urteil vom 12.2.1906 (RGZ 62,379/383 f.) einen Rechtssatz des schweizerischen Rechts entgegen der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts aus; in

"Frente al propio Derecho somos arquitectos, respecto al Derecho extranjero no somos sino fotógrafos[1]."

3. Die richtige Anwendung fremden Rechts setzt voraus, daß auch die Kollisionsnormen der fremden Rechtsordnung angewendet werden. Dazu gehört auch die richtige Bewertung des Ranges und der systematischen Stellung der Norm. Soweit sich die systematische Stellung auf die sachliche Kollision der Normen auswirkt, muß sie ebenso beachtet werden, wie diejenigen Normen, welche das Rangverhältnis und die Folgen des Widerspruchs festlegen. Da der Richter das geltende Recht der fremden Rechtsordnung anzuwenden hat, darf er keine nichtige, d.h. nicht geltende Norm beachten. Aus diesem Grunde muß er in gleicher Weise zur Normenkontrolle befugt sein, wie der Richter der fremden Rechtsordnung. Ist die Normenkontrolle bei einem Organ monopolisiert, so muß er dessen Entscheidungen beachten, soweit sie selbst die Wirkung von Normen haben und im Zweifelsfalle selbst vorlegen[2].

---

einem Urteil vom 14.11.1929 (RGZ 126, 196/202) wies es die Revisionsrüge, das Berufungsgericht sei von einer Entscheidung des österr. OGH abgewichen, zurück. Die Abweichung sei zulässig, eine rechtliche Bindung an die Auffassung eines ausländischen Obergerichts bestehe nicht.

1) Systema y filosofia del Derecho internacional privado, Bd.I, S.22.
So auch der BGH, Urt. v. 13.7.1959, NJW 59,1873: "Das ausländische Gesetz muß in Einklang mit der gesamten ausländischen Rechtsordnung ausgelegt werden".
Für Frankreich s. L e r e b o u r s - P i g e o n n i è r e (par L o s s o u a r n), No.314, S.366.

2) Zum Problem der Normenkontrolle im Internationalen Privatrecht s. N e u m a y e r, RabelsZ Bd.23, 1958 (Festschrift für M a k a r o v), S.573 ff.

IV. Die Schöpfung von Sachnormen

Wenn es um die Abgrenzung des eigenen und die Anwendung fremden Rechts geht, ist der richterlichen Rechtsschöpfung ein weiter Raum freigegeben. Die Institute des Rechtsanwendungsbefehls und der Grenznorm pflegen nur einen Teil der auftretenden Fälle zu regeln, so daß oft nur die freie, nicht gesetzlich gebundene Topik zu einer Lösung verhelfen kann. Darüber hinaus wird nachzuweisen sein, daß der Richter sogar an den gesetzten Rechtsanwendungsbefehl weniger gebunden ist, als an andere Gesetze.
Darum ist die Anwendung des fremden Rechts als solches nicht notwendig die einzige Möglichkeit, die normlogische Differenz zwischen Zuständigkeit und Umfang der eigenen Rechtsordnung auszufüllen. Auch die Schöpfung von Sachnormen kann dazu dienen, ja der kodifizierte Rechtsanwendungsbefehl selbst kann zu diesem Ergebnis führen. Als Sachnorm in diesem Sinne soll jede Entscheidungsmaxime verstanden werden, die einerseits der Verallgemeinerung fähig ist, also nicht nur konkrete Rechtsgestaltung darstellt, andererseits aber in keiner der beteiligten Rechtsordnungen auf einen Fall angewendet werden würde, der keinerlei Fremdbeziehung enthält. Darin liegt der Unterschied zur Anwendung fremden Rechts, denn dort wird die Entscheidungsmaxime aus einer Norm gebildet, die in der fremden Rechtsordnung auch auf einen Fall ohne Fremdbeziehung angewendet würde.
Vier Fälle fallen hier auf:

1. Die Anwendung fremder Normen ohne Beachtung ihres Umfanges;
2. Die Kumulation;
3. Die Angleichung;
4. Die Ausfüllung von Lücken, die auf Grund des ordre public eingetreten sind.

Ad 1: Das normlogisch einfachste Phänomen ist die Anwendung fremden Rechts außerhalb seines Umfanges. Das ist dann der Fall, wenn die "Rückverweisung" nicht beachtet wird. Hat z.B. ein italienischer Richter über die Erbschaft eines Eng-

länders zu befinden, so verweist ihn sein Rechtsanwendungsbefehl auf das englische Recht[1]. Dieses enthält aber eine Grenznorm, die besagt, daß das englische Erbrecht nur Anwendung findet auf Grundstücke, die in England liegen[2] und auf die beweglichen Sachen eines Erblassers, der im Zeitpunkt seines Todes sein "domicile" in England hatte[3]. Hatte nun aber im gegebenen Fall der Erblasser sein "domicile" in Italien, so würde das englische Recht keine Sachnorm zur Verfügung stellen, ein englischer Richter würde auf den Fall nicht englisches Recht anwenden. Dies darf aber sein italienischer Kollege nicht beachten, denn sein Rechtsanwendungsbefehl gebietet ihm, das englische Recht ohne Rücksicht auf seinen Umfang anzuwenden[4]. Die Entscheidungsmaxime, die der italienische Richter seiner Entscheidung zugrunde legt, kommt in der gleichen Form im englischen Recht nicht vor, er wendet also einen Satz des englischen Rechts an, den dieses nicht kennt. Der Rechtsanwendungsbefehl des italienischen Rechts gibt dem Richter aber keine Gestaltungsfreiheit; die Norm, die er zu schaffen hat, muß der Norm nachgebildet sein, die ein englischer Richter auf den gleichen Fall anwenden würde, wenn dieser in den Umfang des englischen Rechts fiele. Dieser Bereich der Sachnormenschöpfung ist also der Anwendung fremden Rechts am meisten angenähert.

Ad 2: Anders liegt es im Falle der Kumulation. Die Entscheidungsmaxime wird hier aus mehreren Rechtsordnungen gleichsam zusammengeklebt[5]. Man kann dabei den Fall der symmetrischen

---

1) Art.23 disp. prel. Cod. civ.

2) D i c e y , Rule 85.

3) D i c e y , Rule 113.

4) Art.30 disp. prel. Cod. civ.

5) Vgl. dazu die Entscheidung der it. Cassazione im Falle Cereseto ed altri c. Scheiber (v.29.1.1964, n. 237, Riv. dir. int. Bd.47, 1964, S.644). Das Instanzgericht hatte auf einen Wechsel kumuliert tschechoslowakisches und italienisches Recht angewendet. Das Urteil wird aufgehoben, mit der Begründung:

"... la corte di merito ... non poteva applicare ora l'uno ora l'altro (scil.: der beiden Rechte), frammentariamente, col risultato pratico di resolvere la lite in base ad un tertium genus di ordinamento giuridico,

und den der unsymmetrischen Kumulation unterschieden:

a) Eine symmetrische Kumulation liegt dann vor, wenn die Rechte aller Beteiligten in gleicher Weise herangezogen werden. Eine Ehe kommt nur zustande, wenn die Rechtsordnungen der beiden Verlobten zu diesem Ergebnis führen[1]; ein Vertrag gilt nur dann als abgeschlossen, wenn alle Voraussetzungen gegeben sind, die die Rechtsordnungen der beiden Vertragspartner aufgestellt haben[2]. Bei einer sol-

---

che non era nè il cecoslovacco nè l'italiano, risultato, questo, illogico, ibrido e non consentito, giacchè ogni ordinamento giuridico è costituito da un insieme di norme, strettamente ed armonicamente collegate allo scopo di tutelare, in determinata matiera e sotto determinate condizioni, particolari e generali interessi, e raggiungere il fine previsto."

1) So Art.13 I EGBGB. Daß die Kumulation nicht so durchgeführt werden kann, daß auf jeden Verlobten nur das Recht seiner Staatsangehörigkeit angewendet wird, zeigt jetzt eindeutig die Entscheidung des BGH (BGHZ 41,136) die über die Fähigkeit eines ledigen Spaniers, eine Ehe mit einer geschiedenen Deutschen einzugehen, zu befinden hatte. Das nur nach spanischem Recht bestehende Ehehindernis der Doppelehe wirkt sich auf beide Partner aus, obwohl es nach dem Recht der deutschen Frau nicht gegeben ist und obwohl Spanien die deutsche Scheidung einer rein deutschen Ehe etwa im Falle eines Unterhaltsanspruches anerkennen würde (W e n g l e r , JZ 1964, S.621). Näheres zu dieser Entscheidung s. unten S.231 Fn.2.

2) Vgl. dazu die Entscheidung des BGH im Falle der bulgarischen Außenhandelsvertretung, NJW 1965, S.487: Das Berufungsgericht hatte, für den BGH bindend, festgestellt, weder der ausdrückliche noch der hypothetische Parteiwille führten zu einem einheitlichen Vertragsstatut. Der BGH nimmt daraufhin Kumulation an, in der Erwägung, daß sowohl ein deutscher als auch ein bulgarischer Erfüllungsort vorlägen. Die wahrhafte Feuerprobe besteht die Kumulation aber erst bei der Frage, ob die beiden Willenserklärungen sich decken. Bei konsequenter Durchführung der Kumulation könnte dies nur angenommen werden, wenn die beiden anzuwendenden Rechte zu diesem Ergebnis kommen. Der BGH wich aber aus, indem er diese Frage gesondert anknüpfte und auf diese Weise allein zum deutschen Recht kam.

chen Konstellation hat die gleichzeitige Anwendung mehrerer Rechtsordnungen den Sinn, das Zustandekommen des Rechtsverhältnisses im Vergleich zu den einzelnen Rechten zu erschweren, es liegt also ein Fall des "schwächeren Rechts" vor[1]. Umgekehrt könnte man einen Fall des "stärkeren Rechts" dadurch schaffen, daß man die Voraussetzungen der Auflösung eines Rechtsverhältnisses kumuliert, etwa eine Scheidung nur dann zuläßt, wenn die Heimatrechte der beiden Ehegatten zu diesem ~~Ereignis~~ führen würden[2].

b) Der Fall der asymmetrischen Kumulation liegt dann vor, wenn eine inländische Rechtsnorm die Voraussetzungen eines Anspruchs an das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses oder einer Rechtshandlung knüpft, wenn weiterhin dieses Rechtsverhältnis in einer fremden Gemeinschaft besteht oder die Rechtshandlung in einer fremden Gemeinschaft vorgenommen wurde. Die erste Frage, die hier zu prüfen ist, betrifft den Umfang der eigenen Anspruchsnorm, ob nämlich überhaupt ihr Umfang den Bereich der Gemeinschaft überschreiten soll, ob Vorgänge außerhalb der Gemeinschaft den Anspruch auslösen können. Ist diese Frage zu bejahen, so stellt sich sofort die nächste: Ist der ausländische Vorgang dem Typus, den die inländische Norm zur Anspruchsvoraussetzung erheben wollte, gleichwertig; konkret: Wann ist ein englischer trust einem deutschen Erbfall im Sinne des Erbschaftssteuergesetzes gleichzuachten?[3]

---

1) So ausdrücklich die oben erwähnte Entscheidung des OLG Düsseldorf, NJW 1961, S.1583, die eine Pflicht des Mannes zur Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses für die Frau nur dann bejahen will, wenn die beiden Heimatrechte der Gatten eine solche Pflicht kennen.

2) Art.17 Abs.IV EGBGB kommt, allerdings asymmetrisch zu diesem Ergebnis.

3) Vgl. dazu das Urteil des BFH v. 20.7.1957, IPRspr. 1956-57, Nr.153. Der Erblasser hatte einen trust errichtet, wonach der trustee erst 21 Jahre nach dem Erbfall innerhalb eines vorbestimmten Personenkreises die Nachlaßbegünstigten und deren Anteile bestimmen und ihnen das Vermögen übertragen sollte. Der BFH mußte prüfen, ob darin ein Erbanfall i.S. des deutschen Erbschaftssteuerrechts zu sehen sei. Er stellt fest:

Unterbricht ein ausländisches Urteil die deutsche Verjährung nach § 209 BGB[1]? Wie ist dies mit der vrijwaring des niederländischen Rechts[2]? Das allgemeine Kriterium nach dem die Frage zu prüfen ist, ist die Aequivalenz des ausländischen Instituts zur inländischen Anspruchsvoraussetzung[3]. Ist die Aequivalenz zu bejahen, so entsteht ein Mischprodukt aus inländischer und ausländischer Norm. Das Verhältnis kann sich sogar umkehren, ein inländisches Gericht kann in die Lage kommen, zu entscheiden,

---

1. Der trustee sei nicht steuerpflichtig, er habe zwar nach englischem Recht legal ownership, dies sei aber der deutschen Vorerbschaft nicht gleichzustellen, weil darin keine Bereicherung des trustee liege;
2. Andererseits könnten aber auch die Destinatäre nicht besteuert werden, sie hätten zwar equitable ownership, aber ihre Stellung sei noch zu unbestimmt, die Realisierung ihrer Position hänge nicht von ihrem Willen ab, so daß in entsprechender Anwendung des § 24 Abs.III ErbStG eine der Anwartschaft des Nacherben entsprechende Stellung anzunehmen sei.
3. Somit bleibe nur die Möglichkeit, § 14 Nr.1a ErbStG entsprechend anzunehmen, so daß eine Steuerschuld noch nicht entstanden sei.

1) S. dazu RGZ 129,385: Eine norwegische Gesellschaft klagt einen Schadensersatzanspruch wegen einer in Norwegen begangenen unerlaubten Handlung (Zeichenverletzung) gegen eine Gesellschaft mit Sitz in Deutschland ein. Das RG kommt zu dem Ergebnis, daß über Art.12 die Verjährungsfrist des § 852 anzuwenden sei und daß ein norwegisches Urteil, das die Klägerin bereits erwirkt hatte, diese Verjährung nicht unterbrechen könne, weil ihm mangels Gegenseitigkeit in Deutschland die Anerkennung verweigert werden müsse.

2) Vgl. dazu RGZ 61,393. Das Gericht war der Ansicht, die niederländische vrijwaring nach art.68 ff. des Wetboek van burgerlijke regtsvordering entspreche der deutschen Streitverkündung und löse daher auch die Wirkungen des § 209 Abs.II Nr.4 BGB aus.

3) Näheres dazu bei S c h r ö d e r , Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S.102 ff.

ob eine inländische Rechtshandlung die Voraussetzung eines ausländischen Anspruchs oder einer ausländischen Gegennorm erfüllt. So etwa, wenn ein deutsches Gericht die Ehelichkeitsanfechtungsklage eines Spaniers zu beurteilen hat, deren Zulässigkeit von der Wahrung der Frist des Art.113 Codigo civil abhängt, der Beginn der Frist aber wiederum von der Vorfrage, ob die Eintragung in das deutsche Geburtenbuch die Wirkungen des Art.326 Codigo civil auslösen kann[1].

Weitere Fälle, in denen die Entscheidungsmaxime aus fremden und eigenen Bestandteilen zusammengesetzt wird, finden sich im Recht der unerlaubten Handlungen, wenn etwa geprüft werden muß, ob die Einwilligung eines Ausländers rechtfertigende Wirkung hat[2] oder ob die besonderen Bedingungen des ausländischen Marktes den Eingriff in den inländischen Gewerbebetrieb rechtfertigen[3].

Eine besonders unsymmetrische Art der Kumulation liegt vor in den Fällen wie den von Art.12 EGBGB geregelten[4], dann nämlich, wenn das eigene Recht nur als Begrenzung einem dem fremden entnommenen Anspruchs dienen soll. Fremdes Recht wird in erster Linie angewendet, aber dann muß das auf diese Weise erreichte Ergebnis noch einmal am eigenen Recht überprüft werden, letzteres gleichsam als Korrektiv; eine Erscheinung die sich beim ordre public wieder findet.

---

1) Diese Frage hatte das LG Trier, IPRspr. 1954-55 Nr.100 zu klären. Es bejahte die Aequivalenz der deutschen Eintragung und der Voraussetzungen des art.326 Codigo civil.

2) Näheres bei B ö h m e r , Die Rechtfertigungsgründe bei den unerlaubten Handlungen im deutschen Internationalen Privatrecht, S.78 ff.

3) S. dazu die Entscheidung des BGB im Stahlexportfall, BGHZ 40,391, der diese Möglichkeit offen läßt für den Fall, daß auf einem Auslandsmarkt nicht nur deutsche Wettbewerber sich begegnen, der Wettbewerb sich also nicht nur gegen inländische Firmen richtet, oder wenn die auf dem Auslandsmarkt herrschenden Anschauungen und Gebräuche das Verhalten nicht als wettbewerbswidrig erscheinen lassen.

4) Ähnliche Fälle: Art.7 Abs.III Satz 1,16, Abs.II, 21, 2. Halbsatz, 25 Satz 2 1. Halbsatz EGBGB.

c) Kumulation fremden Rechts auf Grund des eigenen Rechtsanwendungsbefehls kann gegeben sein, wenn bestimmte Kategorien von Normen durch verschiedenartige Anknüpfungsbegriffe berufen werden, wenn also das Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers den Erbfall, das seiner Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Eheschließung aber das eheliche Güterrecht regelt[1]. Hat er die Staatsangehörigkeit gewechselt so kann der Fall eintreten, daß zur Abwicklung der gesamten vermögensrechtlichen Folgen seines Todes Normen aus zwei verschiedenen Rechtsordnungen herangezogen werden müssen[2]. Regeln beide Statuten die Versorgung der überlebenden Frau erbrechtlich, oder beide güterrechtlich, so entstehen Probleme allenfalls, wenn der Betrag nach den beiden Rechten verschieden ist, eine kumulative Anwendung ist aber grundsätzlich möglich[3]. Eine ähnliche Lage ist gegeben, wenn das Rechtsverhältnis zwischen der Mutter und dem unehelichen Kind dem Heimatrecht der Mutter unterstellt wird, ebenso der Unterhaltsanspruch gegen den Vater, wenn aber das Heimatrecht des Vaters das Verhältnis zwischen Vater und Kind regelt[4]. Gehören Mutter und Vater verschiedenen Staaten an, so lassen sich die beiden Statuten sinnvoll kombinieren, wenn beide davon ausgehen, daß der Vater keine elterliche Gewalt über das Kind hat und daß die Personensorge allein der Mutter zusteht. Diese Beispiele zeigen aber,

---

1) Diese Lage ergibt sich aus dem Nebeneinander von Art.15 Abs.I EGBGB, der als allseitige Kollisionsnorm verstanden wird (S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz.1 zu Art.15) und der aus den Art.24 Abs.I und 25 Satz 1 EGBGB gewonnenen allseitigen Kollisionsnorm (S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz.3 vor Art.24).

2) Man braucht hier nur an den Fall des § 1371 BGB zu denken. S. dazu S c h r ö d e r , Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S.91 mit weiteren Nachweisen.

3) Zur Lösung solcher Fälle s. S c h r ö d e r , Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S.111 ff.

4) Diese Kumulation ergibt sich aus Art.20 und 21 EGBGB, beide als allseitige Kollisionsnormen verstanden (für Art. 21 schon aus dem Wortlaut, zu Art.20 s. S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz.3) einerseits, andererseits aus einer Rechtsanalogie zu Art.20 EGBGB (S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz.17 zu Art.20 m.w.N.)

daß eine solche Kumulation nicht immer zu sinvollen Ergebnissen führen muß, zu einer Entscheidungsmaxime, die sich aus dem fugenlosen Zusammenspiel der beiden Statuten gewinnen läßt. Damit treten Erscheinungen auf, die mit den bisherigen Mitteln nicht mehr zu bewältigen sind und zur Rechtsschöpfung extra legem, manchmal sogar contra legem führen: Zur Angleichung.

Ad 3: Die Angleichung unterscheidet sich von der Kumulation in einem wichtigen Gesichtspunkt. Während die Kumulation regelmäßig ein eindeutiges, vorherbestimmbares Ergebnis angibt, dem Ermessen des Richters also nur geringen Raum läßt, kann die Angleichung sogar zur Abänderung positiven Rechts führen.

a) Führt die auf Grund zweier Rechtsanwendungsbefehle an sich vorzunehmende Kumulation, etwa zwischen Güterrecht und Erbrecht, nicht zu dem Ergebnis, das an sich nach den beiden beteiligten Rechtsordnungen zuträfe, so hat das Nebeneinanderbestehen der Rechtsanwendungsbefehle seinen Sinn verloren und sinnloses Recht darf kein Richter anwenden. Auch wenn er an das Gesetz gebunden ist, trifft ihn in solchen Fällen die Pflicht zur Rechtsschöpfung contra legem[1]. Der Rechtsanwendungsbefehl des eigenen Rechts wird also verändert: Die Kumulation von Güterrechtsstatut und Erbstatut entfällt, stattdessen wird nur eines der beiden Statuten angewendet[2]. Rechtsschöpfung

---

1) Zu diesem Problemkreis im Zusammenhang mit der Angleichung s. B r o g g i n i , AcP Bd.155, S.474, der sich auf die Errungenschaften der modernen Rechtsquellenlehre beruft, und S c h r ö d e r , Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S.66 f., für das schweizerische Recht V i s c h e r , SchwJIR Bd.12, 1955, S.75.
Die Anpassungsprinzipien selbst sind nach Ansicht S c h r ö d e r s , aaO., S.72 keine Rechtsnormen, sondern richterliche Kunstregeln, die auf der gleichen Stufe mit den Auslegungsregeln oder Denkgesetzen stehen. Dem wird zuzustimmen sein, weil diese Regeln einfach der für Rechtssätze nötigen Präzision ermangeln. Die auf Grund der Angleichungsprinzipien gewonnene Regel ist aber eine Rechtsnorm.

2) K e g e l , IPR, S.110 f.

contra legem ist in einem Staat mit Gewaltenteilung aber eine ultima ratio, ist ein anderer Weg möglich, so muß er beschritten werden[1].

b) Dieser andere Weg, der nicht auf so grobe Weise dem in jeder Norm der eigenen Rechtsordnung liegenden Rechtsanwendungsbefehl widerspricht, führt zur Schöpfung einer Norm praeter legem. Widersprechen sich im Falle des unehelichen Kindes Vater- und Mutterrecht, weil ersteres dem Vater ein Verkehrsrecht gibt, letzteres der Mutter die ausschließliche Personensorge, so kann ein neuer Rechtssatz des materiellen Rechts gebildet werden, der das absolute Personensorgerecht der Mutter durch das Verkehrsrecht des Vaters einschränkt[2]. Bestimmt aber das Mutterrecht, daß das Kind den Familiennamen der Mutter bekommt, das Vaterrecht dagegen, daß es den Familiennamen des Vaters tragen soll, so ist dieser Weg der Veränderung des materiellen Rechts nicht mehr gangbar. Einer der beiden Rechtsanwendungsbefehle muß zurücktreten[3]. Daraus ergibt sich, daß der Rechtsanwendungsbefehl hier nicht in jedem Falle binden kann. Wie die Richter im Bereich des Zivilrechts schon immer eine Ermächtigung "juris civilis corrigendi gratia" in Anspruch nahmen[4], so muß dies umsomehr hier gelten, in einem Bereich, in dem der Voraussicht des Gesetzgebers Grenzen gezogen sind. Andererseits sind die durch Angleichung gewonnenen Entscheidungsmaximen durchaus der Verallgemeinerung auf

---

1) K e g e l , aaO., S.109 f. legt die Lösungsmöglichkeiten dar. Er schlägt vor nach dem Gesetz des geringsten Widerstandes die schwächsten Interessen zu opfern, wobei er aber die Bindung des Richters an den eigenen Rechtsanwendungsbefehl nicht als ein Interesse in diesem Sinne ansieht.

2) So der Beschluß des OLG Bremen v. 27.12.1963, NJW 1964, S.555.

3) DA AG Bayreuth (Beschl. v. 5.3.1962, StAZ 1963, S.11) will in einem solchen Fall auf Grund der "Näherberechtigung" dem Mutterrecht den Vorzug geben.

4) Beispiele bei B ö h m e r , Die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd.II,1, S.166 ff.

gleichartig-typische Fälle fähig: Man kann einen Rechtssatz des Inhalts bilden, daß immer der Zusammenstoß von väterlichem Verkehrsrecht und mütterlicher Personensorge durch eine Einschränkung der Personensorge gelöst wird, daß bei dem Kind einer inländischen Mutter immer das Recht der Mutter den Namen des Kindes bestimmt. Insoweit unterscheidet sich die richterliche Rechtsbildung von Sachnormen wie von Kollisionsnormen im Rahmen der Angleichung von der konkreten Rechtsgestaltung.

Ad 4: Der vierte Bereich, der richterlichen Normenschöpfung Raum gibt, ist der des ordre public. Unter diesem Namen werden aber verschiedene Phänomene zusammengefaßt[1], die eine völlig verschiedenartige Rechtsanwendung erfordern.

a) Die Kategorie der "lois d'ordre public"[2] erfaßt Gesetze, die vom Forum auf jeden Fall anzuwenden sind, der von ihnen geregelt wird, also in ihren Umfang fällt. Soweit also eine Norm dieser Kategorie gegeben ist, gibt es keine Normenlücke, die der Anwendung des fremden Rechts Raum ließe[3]. Der Richter hat nur die Aufgabe, die Zugehörigkeit der eigenen Norm zu dieser Kategorie zu bestimmen[4].

---

1) Zur Systematik s. N i e d e r e r , Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, S.284 ff.

2) Zur Geschichte dieses Begriffes, der sich aus Art.3 I Code civil ableitet, s. v a n d e r E l s t , Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge, Bd.I, S.31 ff. Er definiert den Begriff der "lois de sûreté et police" so (aaO., Bd.II, S.436: "ce sont les lois de droit privé, qu'elles soient ou ne soient pas d'ordre public, qui régissent, dans le but de maintenir dans les relations sociales qui se nouent sur le territoire l'harmonie et l'équlibre favorable à la protection des personnes et de leur patrimoine, les faits juridiques et les activités professionelles qui s'y réalisent, ainsi que certaines conditions de formation et certains effets d'actes juridiques considérés en tant que faits ou en tant qu'activités se localisant sur le territoire."

3) N e u m a y e r , Festschrift f. Dölle, Bd.II, S.191: "Die international unnachgiebigen Normen werden kraft des in der (versteckten) Verweisungsnorm enthaltenen Gesetzesbefehls angewandt. Hier hat der Richter nur zu subsumieren."

4) Nach N e u m a y e r , aaO., S.192 ff. gibt es hinsichtlich des "Durchsetzungsverlangens" vier Stufen:

Mancher Fall wird unter der Flagge des ordre public behandelt, dessen Lösung nur darin besteht, der eigenen Norm die Grenze zu ziehen[1]. Wenn der BGH in einer - freilich problematischen - Entscheidung feststellt, § 1300 BGB gewähre der verlassenen deutschen Braut immer den Kranzgeldanspruch[2], so setzt er eine Grenznorm, die sich von der allseitigen Kollisionsnorm, nach der das Recht des in Anspruch genommenen Verlobten die Ansprüche aus Verlöbnisbruch bestimme, abhebt. Wenn man eine solche Norm als Bestandteil des deutschen Rechts anerkennt, erübrigt sich in allen einschlägigen Fällen eine Prüfung des ausländischen Rechts, die im optimalen Fall nur dazu führen könnte die Gleichheit von eigener und fremder Lösung festzustellen.

b) Von diesem Typ von Fällen heben sich andere ab[3], die das eigene Recht nur bedingt zur Anwendung gelangen lassen,

---

1. Nachgiebige Rechtssätze,
2. intern zwingende Rechtssätze,
3. international zwingende Rechtssätze,
4. "unverrückbare Leitprinzipien, die nicht aufgegeben werden dürfen, wenn nicht das Gesamtbild der heimischen Rechtsidee leiden soll".

1) Man wird hier an das Wort Franz K a h n s erinnert, daß der ordre public den noch nicht entwickelten Teil des Kollisionsrechts verbirgt (Abhandlungen zum internationalen Privatrecht Bd.I, S.251).

2) BGB, Urt. v. 21.11.1958, BGHZ 28,375 = JZ 1959,486 mit - ablehnender - Anm. von D ö l l e .

3) V a n d e r E l s t , aaO., Bd.I, Nor.28, S.103 ff. stellt folgenden Unterschied zwischen ordre public und lois de sûreté et de police fest:
1. Justification de la compétence en droit international: Der ordre public sei eine Sperre gegen das fremde Recht, die lex fori werde angewendet, um die Interessen der Gemeinschaft des Forums zu schützen; die lois de police et de sûreté hätten dagegen die Aufgabe die normalen sozialen Beziehungen in dem Land zu schützen, in dem die Rechtsbeziehung begründet wird.
2. Localisation: Der Maßstab des ordre public werde durch die lex fori bestimmt, der der lois de police et de sûreté dagegen durch die Lokalisation des Rechtsverhältnisses die lois ... seien auch vor fremdem Forum anwendbar.

als Korrektiv. Die Funktion dieser Fälle wird deutlich, wenn man kodifizierte Beispiele, wie Art.12 EGBGB heranzieht[1]. Wenn nach dieser Bestimmung gegen einen Deutschen wegen einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung nicht höhere Ansprüche geltend gemacht werden können, als das deutsche Recht gewähren würde, sieht sich der Richter vor die Aufgabe einer doppelten Prüfung gestellt: Der - gewohnheitsrechtliche - Rechtsanwendungsbefehl verweist ihn auf das Recht des Tatortes. Dieses Recht muß er auf jeden Fall überprüfen, denn die von ihm gewährten Ansprüche könnten ja hinter den vom deutschen Recht begründeten zurückbleiben. Das Ergebnis, zu dem ihn die Anwendung des fremden Rechts geführt hat, muß er also mit dem hypothetischen Resultat der Anwendung deutschen Rechts vergleichen, und - falls es in einer bestimmten Richtung abweicht -, nach letzterem modifizieren. Daraus ergibt sich Folgendes: Eine Vorschrift wie die des Art.12 EGBGB entspricht in ihrer Struktur den Grenznormen, sie beschreibt den Kreis der abgegrenzten Normen, nämlich alle, die Ansprüche aus unerlaubter Handlung regeln, und sie umschreibt die Grenze dieser Normen mit dem Begriff der deutschen Staatsangehörigkeit. Von der normalen Grenznorm unterscheidet sie sich nur dadurch, daß sie nicht unbedingt anzuwenden ist, sondern nur im Falle eines Abweichens in einer bestimmten Richtung. Gleichzeitig zeigt sich aber, daß diese besondere Methode der Begrenzung nur im Falle von Ansprüchen möglich ist, die quantitativ meßbar sind und mehr als nur eine Entscheidung erlauben. Sie scheidet dort aus, wo nur ein bestimmtes Ergebnis bejaht oder verneint werden kann, also in allen Fällen, die das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben.

---

3. Fonction et mise en oeuvre: "Compétence normale" der lois ..., die auf Grund des ihnen innewohnenden Befehls angewendet werden; dagegen Ausnahmecharakter des ordre public, der zuerst die Anwendung des fremden Rechts voraussetze.
4. Effets: Ordre public streng territorial, lois ... sowohl der extraterritorialen Ausdehnung wie auch der Anwendung durch fremde Gerichte fähig.

1) Art.12 ist ein Spezialfall des Art.30 EGBGB, S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz.50 zu Art.12.

c) Neben den kodifizierten Fällen dieser Art steht aber noch die allgemeine "Vorbehaltsklausel". Die Ergebnisse, die aus ihrer Anwendung gewonnen werden, lassen sich normlogisch in ganz verschiedene Kategorien einpassen, eines steht aber von vornherein fest: Die Vorbehaltsklausel enthält eine Ermächtigung zur Rechtsschöpfung, die in den normalen Rechtsanwendungsbefehl von vornherein hineinzulesen ist[1]. Die aus ihr gewonnenen Ergebnisse aber können sich darstellen:
(1) als genereller Ausschluß bestimmter Rechtsfolgen, in der Form, daß kein inländisches Forum sie aussprechen darf[2]. Sprechen die Gerichte dagegen generell eine bestimmte Rechtsfolge aus, so entsteht eine Norm, die räumlich und personell mit der Zuständigkeitsnorm zusammen fällt[3].

---

1) Daher nimmt S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Ufita Bd.37, S.285 an, der Bereich der öffentlichen Ordnung betreffe prozessuale Einschränkungen der Rechtsanwendung und sei daher materielles Richterrecht, als Ermächtigung an den Richter damit auch territorial begrenzt.

2) Diese Fälle haben den gleichen Charakter wie diejenigen, die zum Ausschluß einer bestimmten Rechtsfolge als "wesensfremd" führen. S. dazu unten, S. [illegible].

3) Dieses Phänomen zieht G o l d s c h m i d t , Sistema y filosofia del derecho internacional privado, Bd.I, S.445 zur Definition des orden público und seiner Abgrenzung vom Derecho Público heran: "La diferencia pratica en que las normas de Derecho Público estriben rigen todos los casos que se realizaron en el corrispondiente territorio, mientras que las normas de orden público ordenan aplicar las normas rígidas a todos los casos llevados ante un juez nacional."
Den ersten Fall bezeichnet er als "territorialidad restrictiva", den zweiten als "territorialidad extensiva". Diese Unterscheidung ist insofern sinnvoll, als im ersten Fall der Umfang der materiellen Norm auf den Bereich des Staatsgebiets, im zweiten Fall aber auf den Bereich der staatlichen Zuständigkeit beschränkt wird, die keinesfalls zusammentreffen müssen.
Wenn z.B. die Cour d'appel de Paris im Falle Patino c. Dame Cristina de Bourbon y Bosch Labrus (D. 1959, 431) feststellt, den Parteien sei nach dem an sich maßgeblichen Recht sowohl die Scheidung als auch die Trennung von Tisch und Bett versagt, dann aber fortfährt: "Considérant qu'une

(2) als Schöpfung von Grenznormen[1];

(3) als Schöpfung ergänzender Grenznormen, wenn nämlich der Umfang des eigenen Rechts auf Fälle ausgedehnt wird,

---

telle situation est manifestement contraire à l'ordre public français qui ne saurait admettre que des époux en désaccord ne puissent au moins obtenir le relâchement de liens conjugaux devenues intolérables"; so behauptet sie damit eine Grenznorm: Ehegatten können in jedem Falle die Trennung von Tisch und Bette erlangen, in dem die Zuständigkeit eines französischen Gerichts gegeben ist.
Das gleiche Phänomen zeigt sich, wenn deutsche Gerichte die Abstammungsklage unabhängig von Ausschlußfristen des an sich maßgebenden Rechts zulassen wollen (LG Regensburg, Urt.v. 10.9.1954, IPRSpr. 54-55 Nr.120 und LG Wuppertal, Urt.v. 10.7.1958, IPRSpr. 58-59 Nr.133, beide zu Art.340 Abs.5 des französischen Code civil). Auch daraus läßt sich eine Grenznorm entnehmen, des Inhalts: "Ist die Abstammungsklage nach dem an sich maßgebenden Recht statthaft, so kann sie innerhalb der vom deutschen Recht bestimmten Fristen erhoben werden, wenn die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts gegeben ist."

1) Diese Funktion ergibt sich schon aus dem Erfordernis der "Binnenbeziehung" in Verbindung mit der Ausfüllung der Lücke durch die lex fori. Während so die deutsche Praxis in der Formel von der "Binnenbeziehung" nur eine allgemeine Richtlinie gefunden hat (Näheres bei S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz.16 zu Art.30 EGBGB), ist die französische Rechtsprechung durch die Vorstellung von den "droits acquis" zu ganz präzisen Formulierungen gelangt.
Die von der Cour de Cassation aufgestellte Formel lautet: (Attendu que) "la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français";
Auf Grund dieser Regel sprach die Cour de Cassation
(1) die Anerkennung eines ekuadorianischen Scheidungsurteils aus, obwohl die Scheidung auf dem gegenseitigen Einverständnis der Ehegatten beruhte (Rivière c. Roumiantzeff, R.C.D.I.P. 1953, 412);
(2) der zweiten Frau eines tunesischen Mannes, die ihren Wohnsitz nach Frankreich verlegt hatte, einen Unterhaltsanspruch aus der polygamen Ehe zu (Dame Chemouni née Krieff c. son mari, R.C.D.I.P. 1958, 110);
(3) dem deutschen Ehebruchskind eines Franzosen, dessen Vaterschaft dieser in Deutschland gemäß dem deutschen Recht anerkannt hatte, einen Unterhaltsanspruch zu (Henrich c. Mathieu, R.C.D.I.P. 1957, 466).
Durch diese Entscheidung wurde der Umfang des französi-

für die es an sich nicht bestimmt wird[1]; insoweit ist das gleiche Phänomen gegeben, wie im Falle der sog. Annahme der Rückverweisung;

(4) als Schöpfung von Sachnormen, dann nämlich, wenn die entstandene Lücke durch eine dem fremden Recht entnommene Norm ausgefüllt wird, wie z.B. der lex generalis bei Ausschaltung der lex specialis, einer Norm also, die innerhalb ihrer eigenen Rechtsordnung den Fall nicht regeln würde[2].

Alle diese Ergebnisse werden gewonnen aus einer Ermächtigung, die nur generalklauselartig umschrieben ist, also dem richterlichen Ermessen den weitesten Raum läßt[3].

Wie bei jeder Generalklausel zeigt sich auch hier ein Bereich freier Topik, der sich zu neuen Rechtsfiguren verfestigen kann.

---

schen Scheidungsrechts, das Verbot der polygamen Ehe und der Art.340 Code civil auf das französische Staatsgebiet begrenzt.

1) Dies ist immer dann der Fall, wenn die Lücke durch das eigene Recht ausgefüllt wird.

2) Der Ansicht, die Normenlücke, die durch die Ausschaltung einer Norm auf Grund des ordre public entsteht, sei durch Anwendung einer Norm der fremden Rechtsordnung auszufüllen, ist vor allem die deutsche Rechtsprechung und Rechtslehre, s. dazu RGZ 106,82 und R a a p e , S.99. Das ist aber nur möglich, wenn die Entscheidung nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses betrifft.

3) Rechtslehre und Rechtsprechung versuchen Formeln zu finden, die dem Richter Maßstäbe an die Hand geben. Bekannt ist die Formel des Reichsgerichts (seit RGZ 60,296): "Art.30 ist dann anzuwenden, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen dieses (scil.: das fremde) Recht und auf welchen das konkurrierende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde." Dem entspricht aber die Wirklichkeit der Rechtsprechung nicht (R a a p e , S.97).
Für die französische Rechtslehre hat B a t i f f o l (Traité, No.359 ff., S.412 ff.) eine genauere Bestimmung versucht. Nach seiner Meinung greift der französische ordre public in folgenden Fällen ein:

V. Die Lehrmeinungen über die Anwendung fremden Rechts

Die bisher gewonnenen Ergebnisse erlauben eine Auseinandersetzung mit den Theorien, die versuchen, das Phänomen der Anwendung fremden Rechts zu erklären. Sie lassen sich in vier Gruppen gliedern:

1. Fremdes Recht wird in gleicher Weise angewendet, wie das eigene;
2. nicht fremdes Recht wird angewendet, sondern eigenes, dem fremden inhaltsgleiches wird gebildet;
3. nicht fremdes Recht wird angewendet, sondern die vom fremden Recht gewährten subjektiven Rechte werden anerkannt;
4. das fremde Recht wird nicht als Recht, sondern als Tatsache betrachtet.

---

(1) Wenn ein "défaut de communauté juridique" vorliege, das sei in zwei Fallgruppen gegeben
   (a) gegen ausländische Rechtssätze, die "un sentiment unanime déclare inadmissible", z.B. Sklaverei, Polygamie;
   (b) "points où la réaction n'est aucunement unanime mais au contraire partagée ou incertaine, alors que la politique législative tient à imposer une ligne de conduite déterminée", z.B. der weltliche Charakter der Ehe, das Verbot der Legitimation der Adulterini.

(2) "La sauvegarde de certaines politiques législatives", dann wenn "le raisonnement considère ... que la loi étrangère est contraire à un moyen ordonné à un résultat réputé indispensable à l'ordre public."

Dagegen kommt N i e d e r e r (Einführung S.287) zu der resignierenden Formulierung: "Für die Anwendung der ordre public Klausel gibt es demnach weder eine feste begriffliche Richtlinie noch eine normativ-logische Begründung und über ihren Zweck ist keine allgemein gültige Aussage möglich. Sie hat zu verhindern, daß fremdes Recht wirksam wird, das gegen die natürliche Gerechtigkeit verstößt, - aber der einzige Maßstab ist das Rechtsgefühl des Richters." Eine Definition des ordre public ist auch im Rahmen der internationalen Konventionen noch nicht gelungen, s. dazu M a k a r o v , Festschrift für Gutzwiller, S.303 ff.

Ad 1: Die Behauptung, das fremde Recht werde wie das eigene angewendet[1], vermag die unterschiedliche Position des Richters gegenüber dem fremden Recht, im Vergleich zu seinem eigenen, nicht aufzuhellen. Die Anwendung fremden Rechts außerhalb seines Umfangs, die Kumulation und die Angleichung lassen sich mit dieser Ansicht nicht erklären, auch nicht die Möglichkeit, daß der Rechtsanwendungsbefehl auf ein nicht mehr geltendes Recht verweist[2].

Ad 2: Vermag die Lehre, das fremde Recht werde wie das eigene angewendet, nicht eine umfassende Deutung zu geben, so bietet sich an, auf die richterliche Schöpfung von Rechtsnormen zurückzugreifen und alle Vorgänge, die irgendwie zur Anwendung fremden Rechts führen, als Schöpfung eigener Normen zu verstehen[3]. Die Kollisionsnorm des Internationalen Privatrechts wird damit, soweit sie nicht das eigene Recht begrenzt, zur Ermächtigung des Richters, Normen zu schöpfen. Der Unterschied

---

1) So z.B. R a a p e , S.120, N e u h a u s , Grundbegriffe, S.222 f.

2) Näheres dazu bei K n i t t e l , Geltendes und nicht geltendes Auslandsrecht im Internationalen Privatrecht, S. 55 ff. So schon N e u m e y e r , Internationales Verwaltungsrecht Bd.IV, S.289: "Es kommt darauf an, welche Sachnorm in dem Staat für den vom Inland bezeichneten Tatbestand zu dem vom Inland bezeichneten Zeitpunkt gilt, und auf anderes kommt es nicht an."

3) Diese Theorie wird in Italien und in den USA vertreten. Als Vertreter der italienischen Theorie sei A g o (Lezioni di diritto internazionale privato S.55 ff.) herausgegriffen. Er geht von folgender Grundthese aus (aaO., S.55):

"una norma non può avere valore giuridico in un determinato ordinamento, e non può produrvi effetti giuridici, se non in quanto la si possa configurare dommaticamente come prodotto da una fonte dell'ordinamento stesso".

Der italienische Richter wendet also nicht ausländisches Recht an, sondern inhaltsgleiches italienisches Recht. Die Rechtssätze des Internationalen Privatrechts haben folgende Funktion (aaO., S.60 f.):

"stabiliscono un collegamento tra un determinato rapporto materiale e una legislazione straniera, e danno alla fonte dell'ordinamento giuridico cosi designato il valore di fonte di norme giuridiche per l'ordinamento interno, in modo che in quest'ultimo le norme prodotte da quella fonte prendano valore giuridico."

Der gleichen Ansicht sind M o r e l l i (Elementi di diritto internazionale privato italiano, S.21 ff.) und Q u a d r i (Lezioni di diritto internazionale privato, S.165 ff.). Letzterer gebraucht das Bild vom "ricalcare" der ausländischen Norm (aaO., S.170).
Anderer Ansicht ist B a l l a d o r e - P a l l i e r i (Diritto internazionale privato, S.35 ff.).
Die italienische Inkorporationslehre wird übernommen von K n i t t e l (Geltendes und nicht geltendes Auslandsrecht im Internationalen Privatrecht, S.17 ff.).
Der theoretische Protagnist der amerikanischen "Local Law Theory" ist Walter Wheeler C o o k . Die entscheidende Stelle in seinem Hauptwerk: "The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws" lautet (zitiert nach dem Sammelband: "Selected Readings and the Conflict of Laws", S. 81):

> "... the forum when confronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and anforces as its own law a rule of decision identical, or at last highly similar though not identical, in scope with a rule of decision found in the system of law in force in another state or country with which some or all of the foreign elements are connected, the rule so selected being in many groups of cases ... the rule of decision which the given foreign state or country would apply, not on this very group of facts now before the court of the forum, but to a similar but purely domestic group of facts involving for the foreign court no foreign element. The rule thus,'incorporated' into the law of the forum may for convenience be called the 'domestic rule' of the foreign state as distinguished from the rule applicable to cases involving foreign elements. The forum thus enforces not a foreign right but a right of its own law."

Dabei ist zu bemerken, daß C o o k also die fremde Norm ohne Beachtung ihres Umfanges nachbilden will. Für die Rück- und Weiterverweisung ist also in seinem System kein Platz. Zu C o o k s Stellung in der amerikanischen Rechtslehre s. C h e a t h a m , Harvard Law Review Bd.58 (1944-45), S.361 ff.
In England scheint er wenig Einfluß zu gewinnen. D i c a y hat die "Local Law Theory" nicht übernommen, C h e s h i r e nennt sie (S.35): "a sterile truism (aber immerhin: a truism!) - sterile because it affords no basis for a systematic development of private international law"; W o l f f (PIL, S.47 f.) lehnt sie sogar scharf ab, ebenso R a b e l (I, S.66 ff.): "an untenable fiction".

zwischen der echten Rezeption und der Anwendung fremden Rechts wird aber durch diese Auffassung verwischt. Weiterhin sind die Ermächtigungen, die hier angenommen werden müssen nicht alle gleichartig, teilweise, bei der Verweisung auf fremdes Recht wie im Falle der Kumulation führen sie zu genau vorherbestimmbaren Ergebnissen, teilweise handelt es sich um echte Generalklauseln, die dem richterlichen Ermessen einen breiten Raum lassen. Es erscheint nicht sinnvoll, diese verschiedenartigen Phänomene unter eine Kategorie zusammenzufassen.

Ad 3: Die Lehre von der bloßen "Anerkennung" subjektiver Rechte[1] begegnet ähnlichen Einwendungen. Die Anerkennung eines subjektiven Rechts setzt voraus, daß es auf Grund einer Rechtsordnung wirksam entstanden ist. Dazu muß aber erst diese Rechtsordnung bestimmt werden. Das kann aber wiederum nur dadurch geschehen, daß aus sämtlichen Rechtsordnungen eine ausgewählt und als maßgeblich erachtet wird. Soll dies in verbindlicher Weise geschehen, so ist ein Rechtsanwendungsbefehl unerläßlich.

---

1) Diese Theorie hat vor allem in den USA Anhänger gefunden. Ihr prominentester Vertreter ist B e a l e (s. dazu W i c h s e r , Der Begriff des wohlerworbenen Rechts im Internationalen Privatrecht, S.50 ff.), unter B e a l e s Einfluß wurde § 1 Abs.I des American Restatement of the Law of Conflicts of Law so gefaßt:

> "No state can make a law which by its own force is operative in another state; the only law in force in the sovereign state is its own law, but by the law of each rights or other interests of that state may, in certain cases, depend upon the law in force in some other state or states."

Diese Auffassung beruht aber auf Tradition. Im Jahre 1904 hatte der U.S. Supreme Court folgenden Fall zu entscheiden (Slater v. Mexican National Railroad Co., 194 U.S. 120 = 48 L.Ed. 900): Kl. waren Frau und Kinder eines Arbeitnehmers der Beklagten, der im Dienste der Bekl. in Mexiko durch einen Unfall ums Leben gekommen war. Richter H o l m e s stellte fest:

> "When such a liability is enforced in a jurisdiction foreign to the place of the wrongful act, obviously that does not mean that the act in any degree is subject to the lex fori, with regard either to its quality

Ad 4: Diese Theorie[1] geht von zwei richtigen Voraussetzungen aus:

1. Ein Richter kann nur durch seine eigene Rechtsordnung verpflichtet werden, Rechtssätze einer anderen, nicht übergeordneten Rechtsordnung anzuwenden;
2. die Anwendung fremden Rechts ist teleologisch etwas anderes als die Anwendung eigenen Rechts.

Deswegen ist es aber nicht nötig, die Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Tatsache aufzuheben.

---

or its consequences. On the other hand, it equally little means that the law of the place of the act is operative outside its own territory. The theory of the foreign suit is that although the act complained of was subject to no law having force in the forum, it gave rise to an obligation, an obligation, which, like other obligations, follows the person and may be enforced wherever the person may be found."

Das danach maßgebende mexikanische Recht kenne aber nicht die Abfindung durch eine Pauschalsumme, wie sie das Instanzgericht zugesprochen habe, sondern nur den Ausspruch einer Rentenverpflichtung, die wiederum dem Recht der USA unbekannt sei. Daher sollten die Kl. vor einem mexikanischen Gericht klagen.
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre s. C a v e r s , Harvard Law Review Bd.63, S.822 ff.

1) So K r a l i k , ZZP Bd.74, S.2 ff.

§ 5

Die Grenzen der Anwendung fremden Rechts

Die bisherigen Erörterungen gingen davon aus, daß das zur Anwendung berufene Recht im Zusammenhang seiner eigenen Rechtsordnung angewendet wird. Das ist aber nicht stets der Fall, es gibt Erscheinungen, die zu der grundsätzlichen Ablehnung bestimmter, an sich anzuwendender Normenkategorien führen; es stellen sich der Anwendung des fremden Rechts aber auch praktische Schwierigkeiten entgegen, die sich daraus ergeben, daß kein Richter alle Rechte der Erde kennen kann.

I. Die generelle Nichtanwendung bestimmter Normenkategorien

1. Zwei Kategorien von Normen werden regelmäßig von der Anwendung ausgeschlossen: Die Normen des sog. öffentlichen Rechts und prozessuale Normen. Hier interessiert allein die Frage, wie diese Kategorien bestimmt werden.

a) Der Satz von der Nichtanwendung des fremden Prozeßrechts, bedeutet positiv gewendet, daß der Prozeß durch die lex fori geregelt wird, daß also in jedem Falle das Recht des Forums durchgreifen soll[1]. Da insofern der Ausschluß des fremden Prozeßrechts nur die negative Kehrseite der Anwendung des eigenen darstellt, ist es verständlich, daß auch die Abgrenzung des materiellen Rechts vom Prozeßrecht nach den Begriffen der lex fori erfolgt[2].

b) Wesentlich problematischer ist der Satz, das fremde "öffentliche Recht" brauche nicht angewendet zu werden[3]. Er ist von dem Postulat der Territorialität des öffentlichen Rechts zu trennen, denn letztere würde nicht ausschließen, daß fremdes öffentliches Recht innerhalb des so gezogenen Umfanges

---

1) Eingehende historische und rechtsvergleichende Nachweise bei N i e d e r l ä n d e r , RabelsZ Bd.20, 1955, S.1ff.

2) N i e d e r l ä n d e r , aaO., S.50 f., versucht im Interesse der Entscheidungsharmonie zu einer rechtsvergleichenden Qualifikation auch auf diesem Gebiet zu gelangen. Ablehnend dazu S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Lent, S.245, Fn.2.

3) Zur völkerrechtlichen Grundlage dieses Satzes s. unten S. 454 ff.

angewendet wird[1].
Die wahre Tragweite des hier zu erörternden Satzes wird am besten in der Formulierung N i e d e r e r s erfaßt: "... die Verweisung des internationalen Privatrechts bezeichnet nur die privatrechtlich zuständige Rechtsordnung[2]."
Im einzelnen läßt sich feststellen:

i) Die Bestimmung, ob eine Norm des fremden Rechts dem öffentlichen Recht angehöre und daher nicht anzuwenden sei, erfolgt nach den Kategorien der lex fori. Das wird besonders deutlich bei Rechtsordnungen, die die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht nicht kennen. So hat gerade das englische Recht in dieser Hinsicht eigene Kategorien gebildet, und statt des Begriffs: öffentliches Recht die Begriffe "penal law"[3] und "fiscal law"[4] entwickelt.

---

1) S. dazu V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.194 ff.

2) Einführung, S.309 (Hervorhebung im Original).

3) Leading Case dafür ist sowohl für das Recht der USA wie für das englische Recht Huntington v. Atrill.
Der Kanadier Atrill war von Huntington, einem U.S. Bürger mit residence in New York, verklagt worden, weil er als Direktor einer Aktiengesellschaft in New York falsche Angaben darüber gemacht hatte, daß das Aktienkapital bereits eingezahlt sei und H. im Vertrauen auf diese Angabe einen Vermögensschaden erlitten hatte. Die Gerichte von New York gaben der Klage statt, gestützt auf ein statute von New York, das den Organen einer Aktiengesellschaft die persönliche Haftung für den aus ihren falschen Angaben entstehenden Schaden auferlegte.
H. versuchte, auf dieses Urteil gestützt, eine Klage gegen A. in Maryland. Der Court of Appeal Marylands wies aber ab, da es sich bei dem statute von New York um ein penal statute handle. Der Supreme Court der USA hob auf (146 U.S. 657 = 36 L.Ed. 1123). Er beschränkte den Begriff des penal law auf die Gesetze, "imposing punishment for an offense committed against the State", daher greife die Full-Faith-and-Credit-Clause der U.S. Verfassung ein (Art. IV, sect. 1), Maryland sei verpflichtet, der Klage stattzugeben.
Da sich H. in Maryland aber offenbar nicht genügend Befriedigung verschaffen konnte, sah er sich gezwungen, in Kanada, vor den Gerichten von Ontario, erneut zu klagen. Diesmal führte ihn der Instanzenzug bis vor das Judicial Committee of the Privy Council (1893, 1 B.I.L.C. 274), das ebenfalls entschied, es handle sich nicht um ein penal statute, der Klage sei daher stattzugeben.

4) Grundlegend jetzt die Entscheidung des House of Lords im Falle Government of India v. Taylor, 1955, 1 All ER 292,

Die englische Rechtsprechung zeigt eine völlig autonome Interpretation dieser Begriffe[1].
Auch in der schweizerischen Rechtslehre[2] und Praxis[3] zeigt sich ein ähnliches Bild, wenn die Anwendung des fremden öf-

---

in der auch die frühere Rechtsprechung zusammengestellt ist.

1) Das Recht zur autonomen Qualifikation wurde vor dem Privy Council im Falle Huntington v. Attrill ausdrücklich hervorgehoben. Lord W a t s o n stellte fest (aaO., S.277):
"Their Lordships cannot assent to the proposition that, in considering whether the present action was penal in such sense as to oust their jurisdiction, the courts of Ontario were bound to pay absolute deference to any interpretation which might have been put upon the statute of 1875 in the State of New York. They had to construe and apply an international rule, which is a matter of law entirely within the cognizance of the foreign court whose jurisdiction is invoked."
Wieweit der Begriff des "penal law" im englischen Recht auch heute noch ausgelegt wird, zeigt die Entscheidung des Court of Appeal im Falle Re Langley's Settlement Trust, Lloyd's Bank Ltd. v. Langley and others (1961, 3 All ER 803): Dem Kläger Langley mit domicile of choice in California, U.S.A., der an multipler Sklerose litt, war nach kalifornischem Recht durch Entscheidung eines dortigen Gerichts seiner Frau als "guardian of his estate and person" beigeordnet worden. Als er in England Ansprüche geltend machte, wendeten die Bekl. ein, er selbst sei "incompetent" nach dem Recht des domicile, seine Frau könne ihn aber nicht vertreten, weil ihre Rechtsstellung auf einem penal statute beruhe, das in England nicht angewendet werden könne. Das Gericht bestätigte die zweite These, stellte aber fest, des Klägers "incompetency" sei "physical not mental" daher sei er für England als geschäftsfähig anzusehen.

2) N i e d e r e r , Einführung S.308 ff., M a r t i , Der Vorbehalt des eigenen Rechts im Internationalen Privatrecht der Schweiz, S.56 f.

3) Im Falle Ammon c. Royal Dutch entschied das schweizerische Bundesgericht (2.2.1954, BGE 80 II 53), der niederländische "Besluit Rechtsherstel", der bestimmte Gruppen von Rechtsgeschäften die nach dem 10.5.1940 über niederländisches Vermögen abgeschlossen wurden, für ungültig erklärte, sei auch von den schweizerischen Gerichten anzuwenden, da er im wesentlichen den Interessen des privaten Rechtsverkehrs diene. Daß seine Anwendung im konkreten Fall auf die faktische Enteignung des schweizerischen Klägers hinauslaufe, stehe dem nicht entgegen.

fentlichen Rechts davon abhängig gemacht wird, daß es dem privaten Interesse und nicht dem des Staates dient.

ii) Weiter zeigt die Betrachtung der Praxis, daß der grundsätzliche Ausschluß bestimmter Normengruppen von der Anwendung nicht in jeder prozessualen Konstellation auftritt. Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob ein Verfahren dazu dienen soll, eine Steuerforderung durchzusetzen[1], oder ob die Erfüllung eines Vertrages verlangt wird, der gegen ein fremdes Steuergesetz verstoßen würde[2].

2. Eine zweite Begrenzung der Anwendung fremden Rechts ergibt sich aus dem Verbot, keine Rechtsfolgen auszusprechen, die der lex fori "wesensfremd" sind. Aus diesem Grunde haben z.B. französische Gerichte generell den Anspruch der Scheidung[3],

---

1) So für England die o.a. Entscheidung des House of Lords, die eine Klage der Indischen Regierung gegen eine englische Gesellschaft auf Zahlung der indischen "capital profits tax" betraf; für Frankreich die Entscheidung der Cour de Cassation im Falle Héritiers Vogt c. Feltin (3.6. 1928, Clunet 1929, Bd.56, S.385): V. und F. waren Mitinhaber einer Gesellschaft in Elsaß-Lothringen, sie wurden von den deutschen Steuerbehörden aus Geschäften in Anspruch genommen, die in der Zeit der deutschen Gebietshoheit getätigt worden waren. Die Finanzbehörden vollstreckten in das in Deutschland belegene Vermögen Vogts. Dessen Erben wollten nun gegen F. wegen "enrichissement sans cause" Rückgriff nehmen. Dies wurde abgelehnt, weil damit mittelbar eine Steuerforderung vollstreckt werde; für die BRD s. die Entscheidung des OLG Hamburg v. 25.11. 1959, (IPRSpr. 1958-59 Nr.61): Kl. war eine niederländische Gesellschaft, die für Steuerschulden der Bekl. (Deutsche mit Wohnsitz in Hamburg) gegen den niederländischen Fiskus eine selbstschuldnerische Bürgschaft eingegangen und auf Grund dieser Bürgschaft in Anspruch genommen worden war. Das OLG wies die Klage ab, da es sich um die faktische Vollstreckung einer niederländischen Steuerforderung handeln würde. Erschwerend war aber, daß die Kl. eine enteignete, früher deutsche, Gesellschaft war, die vom niederländischen Staat verwaltet wurde und die die Steuerschulden erst nach der Enteignung erfüllt hatte, so daß eine Zahlung des niederländischen Staats an sich selbst vorlag.

2) So die unten noch eingehend zu erörternde Entscheidung des House of Lords im Falle Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd., 1957, 3 All ER 286.

3) Durch ein Gesetz vom 8. Mai 1816 war in Frankreich die Scheidung absolut verboten worden. Zu der darauf basierenden Rechtsprechung s. L a g a r d e , Recherches sur

deutsche Gerichte generell den Ausspruch der Trennung von Tisch und Bett verweigert[1].

a) Dieses Vorgehen ist teilweise aus gewissen verfassungsrechtlichen Grundgegebenheiten des modernen Staates heraus gerechtfertigt. Der liberale Rechtsstaat zeichnet sich einerseits durch die Monopolisierung der Gewalt bei den Staatsbehörden, andererseits durch die Beschränkung der Gewaltmittel durch rechtliche Verbote, die an diese Staatsorgane gerichtet sind, aus. Diese Ermächtigungen sind Bestandteil der institutionellen Normen und daher auf den Bereich der Organe der Gemeinschaft beschränkt. Das bedeutet umgekehrt, daß die Organe keine Ermächtigung aus einer fremden Rechtsordnung erhalten können.
Die gleiche Erwägung gilt aber für jeden staatlichen Eingriff, auch für das Gerichtsurteil, das den Verlierer des Prozesses zu einer bestimmten Handlung verurteilt, oder in eine Rechtsposition eingreift.
F e r i d [2] hat bereits den Fall erörtert, daß ein deutsches Gericht auf Grund des Art.1244 des französischen Code civil dem Schuldner Teilzahlung zubilligt und damit in die Forderung des Gläubigers als einem durch Art.14 GG geschützten Vermögensrecht eingreift. Ein ähnliches Problem liegt dann vor, wenn z.B. die lex fori für eine bestimmte unerlaubte Handlung nur die Rechtsfolge des Schadensersatzes, die lex causae dagegen die Unterlassungsklage vorsieht[3].

---

l'ordre public en droit international privé, No.12 ff. (S.14 ff.).

1) So der Beschluß der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 12.10.1903 (RGZ 55,345) und - darauf gestützt - das Urteil des Reichsgerichts vom 11.6.1941 (RGZ 167,193), obwohl zu dieser Zeit die deutschen Gerichte die Trennung von Tisch und Bett für Angehörige des "Protektorats" aussprechen konnten. Kritisch zu dieser Rechtsprechung G a m i l l s c h e g , Festschrift für Dölle, Bd.II, S. 289 ff.

2) Dölle-Festschrift Bd.II, S.138 ff.

3) S. dazu R a b e l , Conflict of Laws II, S.280 f.; W e n g l e r , RabelZ 16, S.18 ff.; R i e z l e r , Internationales Zivilprozeßrecht, S.233 ff. Leichter ist der Fall zu lösen, wenn die lex fori die weiterreichenden Rechtsfolgen kennt. Vgl. die Entscheidung des Tribunal de grande instance de la Seine v. 2.11.1962 im Falle Amigues Lucien c. Amigues Jean-Pierre et Kieger (R.C.D.I.P. 1964, Bd.53, S. 111). Ein französisches Kraftfahrzeug war auf einer deut-

Man wird zumindest die These wagen können, daß die Gerichte einer Gemeinschaft keine Rechtsfolge aussprechen dürfen, die dieser Gemeinschaft völlig unbekannt ist, auf die sich also die Parteinen nicht einstellen konnten, mit der sie nicht rechnen mußten[1]. Unter Umständen muß eine Trennung von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge eintreten. Dies ist auch in einem anderen Zusammenhang gegeben und führt zu einer weiteren Erwägung.

b) Ein subjektives Recht wird regelmäßig von der Rechtsordnung die es verleiht mit einem bestimmten Waffenarsenal ausgestattet, es erhält eine bestimmte Durchschlagskraft. Oben wurde bereits dargelegt[2], daß diese Durchschlagskraft in einem unmittelbaren Bezug zur Rechtsordnung als Friedensordnung steht. Soll ein subjektives Recht im Bereich einer anderen Gemeinschaft durchgesetzt werden, so wird damit die Friedensordnung dieser Gemeinschaft berührt. Daher gibt es zwei Grundformen der Durchsetzung eines subjektiven Rechts in einer anderen Gemeinschaft:

i) Auf Grund des Rechtsanwendungsbefehls wird das fremde subjektive Recht nicht nur in seinen Voraussetzungen, sondern auch in seinen Folgen geschützt, d.h. das fremde Recht wird auf Entstehen, Bestand und Untergang des subjektiven Rechts angewendet. Das fremde Element, das jetzt hinzutritt, ist die Durchschlagskraft. Der Rechtsschutzanspruch, der dem Recht seine Durchschlagskraft vor der eigenen Rechtsordnung verlieh, wirkt nicht gegenüber dem

---

schen Landstraße durch das Verschulden des französischen Beklagten Kieger in einen Unfall verwickelt worden, bei dem der Sohn des Kl. ums Leben kam. Das Gericht wendet deutsches Recht an, stellt aber fest, der Ausschluß des "préjudice moral" durch das deutsche Recht verstoße gegen den französischen ordre public und spricht dem Kläger daher auch ein Schmerzensgeld zu.

1) So kann der Fall des Art.1244 Code civil dahin gelöst werden, daß auch im deutschen Recht der Eingriff in eine Forderung im Falle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bekannt ist, daß weiterhin im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens derartige Eingriffe zulässig sind. (So auch F e r i d , aaO., S.140 f.).

2) S. 30 f.

Organ einer fremden Rechtsordnung. Die Durchschlagskraft erweist sich damit als Reflex des Rechtsanwendungsbefehls[1].

ii) Die Anerkennung eines fremden subjektiven Rechts kann aber auch in der Form erfolgen, daß die Durchschlagskraft dieses Rechts verändert wird. Das kann auf folgende Weise geschehen:

(1) Ein Gestaltungsrecht, das nach seinem Wirkungsstatut vom Berechtigten frei ausgeübt werden kann, ist nach der lex fori richterlicher Kontrolle, also einer Gestaltungsklage unterworfen[2];

(2) das vom Wirkungsstatut eingeräumte Selbsthilferecht verstößt gegen die Friedensordnung der lex fori und wird durch die Klagbarkeit ersetzt;

(3) eine Forderung, die nach dem Wirkungsstatut Naturalobligation ist, kann nach der lex fori eingeklagt werden;

(4) am häufigsten tritt der Fall ein, daß das fremde Recht zwar hinsichtlich der Entstehung des subjektiven Rechts angewendet wird, die sich aus dem subjektiven Recht ergebenden Ansprüche aber nach der lex fori be-

---

1) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift f. Friedrich Lent, S.250 f., nimmt auch für diese Fälle einen echten Rechtsschutzanspruch an. Er gründe sich, falls ein Inländer der Kläger ist, auf das allgemeine Grundrecht, Recht gesprochen zu erhalten, im Falle eines Ausländers auf das völkerrechtliche Verbot des "déni de justice". (Näheres unten, S. [illegible].)
Man wird aber besser das allgemeine Recht, vor den Gerichten klagen zu können, das "droit d'ester en justice" vom Anspruch auf Rechtsschutz für das konkrete, materiellrechtlich zu verstehende Recht unterscheiden. Beides kann nämlich auseinanderfallen. Liegt eine unklagbare Forderung vor, so hilft dem Kläger auch sein allgemeines Grundrecht auf Zugang zu den Gerichten nichts; fehlt aber dem Kläger das Recht auf Zugang zu den Gerichten, wie im englischen Recht dem "enemy alien", so kann er seinen Rechtsschutzanspruch nicht durchsetzen, auch wenn seine Forderung im englischen Recht gründet.

2) So kennen die islamischen Rechte die Scheidung durch einen Gestaltungsakt, den "talak" (s. dazu C h a r l e s , Le droit musulman, S.43 ff.). Leben Ehegatten, deren Personalstatut das islamische Recht ist, in der BRD, so kann der

stimmt, gleichsam deren "Waffenarsenal" entnommen werden[1].

(5) Zu dem Bereich der Veränderung der Rechtsfolgen gehört auch das Problem der Verjährung, das in einem unmittelbaren Bezug zur Friedensordnung steht. Es ist bekannt, daß das Common Law die Verjährung als ein prozessuales Institut versteht[2] und damit den Bezug zur Friedensordnung besonders deutlich herausstellt. Aber auch das deutsche Reichsgericht sah sich gezwungen von der schweizerischen lex causae abzuweichen, die eine Forderung für unverjährbar erklärte, weil dies gegen den deutschen ordre public verstoße[3].

Daraus läßt sich weiter folgende Erkenntnis gewinnen:

iii) Da jedes subjektive Recht einen Rechtsschutzanspruch nur gegen das eigene Forum verleiht, wird man als Grundsatz davon ausgehen müssen, daß jedes subjektive Recht nur von seinem eigenen Forum geschützt wird, daß das hinkende Rechtsverhältnis die Regel und nicht die Ausnahme ist. Wird ein subjektives Recht auch vor anderen Fora geschützt, so liegt eine Erweiterung des Schutzbereiches vor[4]. Bei dem verschiedenartigen Umfang der Rechtsordnungen können aber aus dem gleichen Lebenssachverhalt nach Voraus-

---

Mann dieses Recht auf Grund des Art.17 Abs.IV EGBGB nur in der Form ausüben, daß er vor einem deutschen Gericht klagt (so R a a p e , S.304 f., a.A. K e g e l , S.297 f.).

1) Instruktiv dazu die Entscheidung der it. Cassazione im Fall Società Industrie Dolciume ed Aff. Molzo c. Farouk (10.2. 1962 no.201, Giurisprudenza italiana 1962 I 1, Sp.371). Kl., der ägyptische Ex-König, verklagte die Bekl. wegen unbefugten Gebrauchs seines Namens. Das Gericht unterschied zwischen Voraussetzungen und Schutz des Namensrechtes, indem es feststellte:
"... per i cittadini stranieri, poichè il diritto al nome è un diritto di personnalità, è applicabile, ai sensi dell'art.17, primo comma delle preleggi, l'ordinamento straniero per quanto concerne l'attribuzione del nome, ma in quanto la tutela del nome è attribuita in relazione alla violazione di obbligo non contrattuale sorto dall'uso in Italia, per la tutela medesima è applicabile l'ordinamento italiano ai sensi dell'art.25, ultima comma delle preleggi."

2) R a b e l , Conflict of Laws, Bd. III, S.445 ff.

3) Urteil v. 19.12.1922, RGZ 106,82. Die Lücke wird durch § 218 BGB aufgefüllt, der damit in den Rang einer bedingten Grenznorm erhoben wird.

4) W e n g l e r , Festschrift der Jurist. Fakultät der Univer-

setzungen und Folgen verschiedene subjektive Rechte entstehen.

Auf Grund des gleichen Sachverhalts, etwa einer Schiffskollision kann entstehen:

(1) eine Forderung nach dem Recht A, die
   (a) von den Rechten B und C "anerkannt" wird, d.h., vor den Gerichten dieser Rechtsordnungen in gleicher Weise durchgesetzt werden kann, wie vor den Gerichten der Rechtsordnung A,
   (b) von der Rechtsordnung D nur in der Weise anerkannt wird, daß die Gerichte der Rechtsordnung D nur die Voraussetzungen des Rechts nach der Rechtsordnung A, die Folgen aber nach ihrer eigenen Rechtsordnung D beurteilen;

(2) eine Forderung nach dem Recht E, die von den Rechten F und G voll, vom Recht H aber nur hinsichtlich der Voraussetzungen anerkannt wird,
   obwohl Schuldner und Gläubiger überall die gleichen Personen sind.

In diesem Falle muß zwischen all diesen Rechten eine Klammer geschaffen werden, denn durch eine Leistung kann der Schuldner sie mit Wirkung für eine jede der beteiligten Rechtsordnungen erfüllen. Solange zumindest die Voraussetzungen die gleichen bleiben, wird man ein Recht annehmen können, das von verschiedenen Rechtsordnungen anerkannt wird[1]. Soweit es sich um verschiedene Voraussetzungen handelt, muß eine Mehrzahl von Rechten vorliegen, die aber in einer Art von Anspruchskonkurrenz stehen[2].

---

sität Berlin zum Juristentag 1955, S.293 ff., nimmt daher an, daß ein Recht überall dort belegen ist, wo es Rechtsschutz genießt.

1) W e n g l e r , aaO., S.305 f. und RabelsZ Bd.16 (1951), S.23 ff. ist der Ansicht, sobald ein fremdes Recht von dem Forum geschützt werde, liege in Wirklichkeit ein von der lex fori geschaffenes subjektives Recht oder ein von der lex fori geschaffenes Rechtsverhältnis vor, das dem fremden Recht inhaltsgleich sei, es gebe also ebensoviele Rechte, wie schützende Rechtsordnungen. Diese Konstruktion ist an sich logisch, aber wohl nicht notwendig. Soweit ein subjektives Recht in verschiedenen Rechtsordnungen in gleicher Weise behandelt wird, wird man annehmen dürfen, daß ein und dasselbe Recht vorliegt.

2) W e n g l e r , Festschrift für den Juristentag 1955, S. 305.

II. Die prozessuale Behandlung des fremden Rechts

Prozessual stellt die Anwendung fremden Rechts jede Rechtsordnung vor folgende Probleme:

1. Soll das fremde Recht vom Richter von Amts wegen ermittelt werden oder soll es der Beibringung durch die Parteien überlassen bleiben?

2. Welches Recht ist anzuwenden, wenn das an sich berufene fremde Recht nicht zu ermitteln ist?

3. Wieweit soll die richtige Anwendung des fremden Rechts der Kontrolle durch die obersten Gerichte unterliegen?

Ad 1: Hier gibt es nur zwei logisch mögliche Lösungen: Entweder wird das fremde Recht wie eine Tatsache behandelt[1], oder es wird dem eigenen Recht insoweit gleichgestellt, als

---

1) (1) Das fremde Recht wird wie eine Tatsache behandelt in England. Die grundlegende Entscheidung ist die des House of Lords im Falle Lazard Brothers and Co. v. Midland Bank (1933, 1 B.I.L.C. 443).
Lord W r i g h t führte aus:
"What the russian Soviet law is in that respect is a question of fact of which the English court cannot take judicial cognizance, even though the foreign law has already been proved before it in another case.
The court must act upon the evidence before it in the actual case ... No earlier decision of the court can relieve the judge of the duty of deciding the question on the actual evidence given in the particular case ... The evidence, it is clear, must be that of qualified experts in the foreign law. If the law is contained in a code or written form, the question is not as to the language of the written law, but what the law is as shown by its exposition, interpretation and adjudication ... The text of the foreign law if put in evidence by the experts may be considered, if at all, only as part of the evidence and as a help to decide between conflicting expert testimony."
Daraus folgt also, daß Entscheidungen über ausländisches Recht keine Präjudizwirkung entfalten.
(2) Auch in den USA gilt der Common Law Grundsatz, daß fremdes Recht prozessual wie eine Tatsache behandelt wird (S c h l e s i n g e r , RabelsZ Bd.27, S.54 ff.).
Er ist aber etwas modifiziert worden:
a) An sich gilt auch im Verhältnis der einzelnen Staaten der USA untereinander das Recht eines Schwesterstaates als fremdes Recht. Doch wird in einer Reihe von Staaten auf Grund eines "Uniform-Judicial-Notice-of-Foreign-Law Act" eine Pflicht der Gerichte begründet, das Recht der

Schwesterstaaten von Amts wegen zu beachten. Diese Gesetze betreffen aber - entgegen ihrem Titel - regelmäßig nicht ausländisches Recht (S c h l e s i n g e r , aaO., S.60 f.).

b) Einzelne Staaten, vor allem New York, gingen noch weiter und ermächtigten ihre Gerichte (ohne eine Pflicht zu begründen) von ausländischem Recht von Amts wegen Notiz zu nehmen. Von dieser Ermächtigung wird aber nahezu kein Gebrauch gemacht. N u s s b a u m (American Journal of Comparative Law Bd.3, 1964, S.60 ff.) bringt Beispiele dafür, daß die Gerichte New Yorks die Anwendung dieser Ermächtigung mit einer gewissen Gereiztheit ablehnen.

(3) Auch für die französischen Gerichte ist das fremde Recht "fait" (über die historischen Gründe dieser Theorie s. Z a j t a y , Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen Internationalen Privatrecht). Der gegenwärtige Stand wird durch zwei Urteile der Cour de Cassation (jeweils Chambre Civile, 1re Section) gekennzeichnet:

a) Urteil vom 12.5.1959 (Affaire Bisbal, R.C.D.I.P. 1960, S.62 mit Note von B a t i f f o l): Die Parteien des Verfahrens, Eheleute spanischer Staatsangehörigkeit, prozessierten vor den französischen Gerichten über die Umwandlung der Trennung von Tisch und Bett in eine Scheidung. Die Instanzgerichte gaben der Klage des Mannes statt. Dagegen beantragte die Frau die Kassationsbeschwerde, u.a. mit der Rüge, die Instanzgerichte hätten französisches Recht angewendet, obwohl ihnen bekannt gewesen sei, daß die Parteien spanische Staatsangehörige seien. Der Antrag wurde zurückgewiesen mit der Begründung, keine der Parteien habe die Anwendung spanischen Rechts beantragt, die französischen Gerichte seien aber nicht verpflichtet von Amts wegen fremdes Recht anzuwenden (also nicht von Amts wegen die französische IPR-Norm zu beachten!).

b) Urteil vom 2.3.1960 (Affaire Compagnie algérienne de Crédit et de Banque c. Chemonny, R.C.D.I.P. 1960, S.97 mit Note von B a t i f f o l): Der Antrag auf Kassationsbeschwerde wurde damit begründet, das angegriffene Urteil habe ein Gesetz angewendet, auf das sich keine der Parteien berufen habe. Der Antrag wurde zurückgewiesen, es bestehe keine Pflicht des Richters, nur diejenigen ausländischen Rechtssätze anzuwenden, auf die sich eine Partei berufe.

B a t i f f o l zieht in der Note zu dem zweiten Urteil aus den beiden Urteilen den Schluß, daß die Cour de Cassation die Anwendung des fremden Rechts völlig in das Ermessen des Instanzrichters stellen wolle.

der Richter seinen Inhalt ex officio ermitteln muß[1].

Ad 2: Auch der Richter, der das fremde Recht von Amts wegen ermitteln muß, kann sich vor das Problem gestellt sehen, wer entscheiden muß, wenn seine Ermittlungen zu keinem Ergebnis führen. Umsomehr muß dies dann zutreffen, wenn das fremde Recht von der Partei zu beweisen ist.
Folgende Lösungen werden vertreten[2]:

a) Prozeßverlust für die Partei, die sich auf ein fremdes Recht beruft und seinen Inhalt nicht beweisen kann[3];

---

1) Dieser Praxis steht die anderer Staaten entgegen, die ihren Richtern die Pflicht auferlegen, fremdes Recht von Amts wegen anzuwenden und dessen Inhalt zu erforschen. Zu diesen Staaten gehören:
(1) Die BRD; so hat der BGH (Urt.v. 24.11.1960, NJW 1961, S.410 = LM Nr.2 zu § 293 ZPO) den Grundsatz aufgestellt, der Richter habe das fremde Recht von Amts wegen zu ermitteln, es liege aber in seinem Ermessen, welcher Mittel er sich dazu bedienen wolle.
(2) Österreich (S t a g e l - M i c h e l m a y r , Anm.1 zu § 271 (österr.) ZPO).
(3) Italien (Cass. im Falle Cereseto ed altri c. Scheiber, Riv. Dir. int. 1964, S.644).
(4) Die Niederlande (K o s t e r s - D u b b i n k , S. 733 ff.).
(5) In der Schweiz gilt dieser Grundsatz für das Bundesgericht, die Praxis der kantonalen Gerichte ist unterschiedlich (B r o g g i n i , SchwJIR Bd.XI, 1954, S. 139 ff.).

2) Einen vergleichenden Überblick gibt S a u v e p l a n n e, Revue hellénique de Droit international, Jg. 13 (1960), S.14 ff. Zu unterscheiden ist dieses Problem von dem der Fälle, bei denen nicht ermittelt werden kann, ob das Anknüpfungsmoment vorliegt, also etwa, welche Staatsangehörigkeit der Kläger hat. Hier ist eine Hilfsanknüpfung nötig, s. dazu K e g e l , S.182, S a u v e p l a n n e , aaO., S.15 f.

3) Dieser Standpunkt wird in den USA vertreten. Bereits 1911 hatte der Supreme Court (Cuba Railroad Co. v. Crosby, 222 U.S. 473 = 56 L. Ed. 274) entschieden, der Kläger (Crosby), ein Arbeitnehmer der Beklagten, der im Rahmen der Arbeit verletzt worden war und Schadensersatzansprüche geltend machte, müsse das in Frage kommende kubanische Recht durch das Zeugnis eines Experten beweisen, der in Kuba praktiziert habe. Anderenfalls sei die Klage abzuweisen. Daß sich die Praxis auch heute noch an diese Regel hält, zeigen die von N u s s b a u m (American Journal of Comparative Law, Bd.3, 1954, S.60 ff.) angeführten und scharf kritisierten Entscheidungen. Zum Stand der Meinungen

b) Anwendung der lex fori[1];

c) Anwendung des dem gesuchten nächst verwandten Rechts[2];

---

s. S c h l e s i n g e r , aaO., S.66 ff.
Daß die Beweislast für fremdes Recht auch in anderen Fällen zu solchen Ergebnissen führen kann, zeigt die Entscheidung der französischen Cour de Cassation in der Sache Lautour c. Guiraud (25.5.1948, Sirey 49 I 21 ff., mit Note von N i b o y e t). Der Ehemann der (frz.) Klägerin war in Spanien durch die Explosion eines dem (frz.) Beklagten gehörenden Tankwagen getötet worden. Die Klägerin machte Schadensersatzansprüche aus art.1384 Code civil geltend, der Beklagte berief sich darauf, daß das richtigerweise anzuwendende spanische Recht (unstreitig) eine derartige Vermutung nicht enthalte. Die Instanzgerichte gaben der Klage statt, dagegen wandte sich der Antrag des Beklagten auf Cassation. Ihm wurde stattgegeben. Spanisches Recht sei anzuwenden, die Beweislast für dessen Inhalt trage nicht der Beklagte, obwohl er sich auf eine Ausnahmeregelung berufe, die ihm günstig sei; vielmehr habe die Klägerin zu beweisen, daß das spanische Recht ihren Anspruch begründe. N i b o y e t betont in der Note, damit sei der Prozeß praktisch entschieden.

1) Diese Praxis ist weit verbreitet.
(1) In England, s. D i c e y , rule 205 (T r e i t e l , aaO., comment No.4 wendet sich dagegen, hier eine Identitätsvermutung anzunehmen, die Anwendung englischen Rechts sei einfach eine Hilfslösung).
(2) In den USA ist die subsidiäre Anwendung des eigenen Rechts nicht so weit verbreitet. Das Restatement enthält in § 622 die Vermutung, daß das Common Law eines anderen Common Law Staates dem des Forums gleich sei; in § 623 ist aber ausdrücklich bestimmt, daß dieses nicht für Statutory Law gelte (diese Bestimmungen entsprechen der Praxis, N u s s b a u m , Grundzüge, S.249 ff., S c h l e s i n g e r , aaO., S.66 ff.).
(3) Auch in Frankreich gilt die lex fori, wenn das fremde Recht nicht zu ermitteln ist, B a t i f f o l , Traité No.351, S.405 f.
(4) Entsprechend ist die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (S c h n i t z e r , Bd.I, S.194).
(5) Für Deutschland empfiehlt diese Lösung R i e z l e r (S.497 f.). Der BGH hat die Frage offen gelassen (s. die oben, S. [illegible] , Fn.1 , angegebene Entscheidung).
(6) Für Italien s. Cass. im Falle Cereseto ed altri c. Scheiber, Riv. Dir. int. 1964, S.644.

2) Diese Ansicht wird vertreten von R a a p e , S.122 f. und K e g e l , S.182 f. Der BGH hat sich in der oben angeführten Entscheidung (Fn.1 auf S.[illegible]) dagegen gewandt. Für die Niederlande empfehlen sie K o s t e r s - D u b b i n k (S.742 f.) und die dort angeführten loci.

d) Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze[1].

Ad 3: Italien scheint das einzige Land zu sein, in dem das oberste Gericht die richtige Anwendung fremden Rechts überprüft[2].

---

1) So hatte z.B. das Instanzgericht im Cuba Railroad Fall (oben, S.90 Fn.3) entschieden. (Weitere Nachweise aus der US Rechtsprechung bringt S a u v e p l a n n e , aaO., S.60, Noten 36, 37 und 38).
S a u v e p l a n n e selbst (aaO., S.23) schlägt folgende Lösung vor:
"En règle générale, le juge devrait rechercher les principes généraux dont il parait raisonnable de supposer qu'ils constituent le fondement du droit dont il ignore le contenu. Il ne devrait pas chercher, en premier lieu, ces principes dans la loi du for, mais plutôt dans les droits les plus voisins au droit applicable. Pour autant qu'il resterait dans le cadre de ces principes généraux, il pourrait résoudre des questions techniques en appliquant la loi du for, pour autant qu'il sortirait de ce cadre, il devrait formuler des règles autonomes relatives à la solution de ces questions."
Er versucht also die bisher vorgeschlagenen Methoden zu verbinden.
B r o g g i n i (SchwJIR Bd.XI, S.163 ff.) tritt für eine andere Methode ein. Er will für diese Fälle den Art.1 des schweizerischen ZGB entsprechend anwenden (S.155 f.). Im Ergebnis kommt bei ihm ein jus gentium heraus:
"L'operazione creativa dell'interprete consisterà soprattutto in una generalizzazzione degli istituti del foro, si ispirerà ai principi generali del diritto, terrà conto di quei frammenti di dizionario giuridico comune che il metodo comparato ha già sbozzato, collegherà le norme del foro a quanto si sia potuto decifrare dell'ordinamento (o degli ordinamenti) rilevant sarà orientata verso una soluzione di giustitizia sostanziale. Il risultato sarà una nuova norma materiale, un ius gentium dell'ordinamento del foro; e nello stesso tempo un contributo concreto al ravvicinamento dei diritti sostanziali, alla formazione del nuove linguaggio giuridico commune."
(Hervorhebung im Original).

2) M o r e l l i , Diritto processuale civile internazionale, S.54 (Note 1 auf S.55).
In England kann das House of Lords theoretisch auch den vorgebrachten Fall nach der Tatseite hin überprüfen (V o l l k o m m e r , ZZP Bd.73, 1960, S.192). Praktisch scheint dies nicht der Fall zu sein (V o l l k o m m e r , aaO.). Für die USA s. S c h l e s i n g e r , RabelsZ 27, S.65.

In diesem Zusammenhang ist auch noch zu prüfen, wie weit die Verfassungsgerichte eine Kontrolle über die Anwendung des ausländischen Rechts ausüben.
(1) In der BRD liegt noch keine Entscheidung des BVerfG vor. In der Lehre nehmen aber B e i t z k e (Grundgesetz und Internationalprivatrecht, S.11) und F e r i d (Dölle-Festschrift, Bd.II, S.133 ff.) an, daß nur die Anwendung des deutschen IPR überprüft werden könne. Die Anwendung ausländischen Rechts sei Sache des ordre public. Der bayerische Verfassungsgerichtshof mußte sich dagegen einmal mit einer das IPR berührenden Frage auseinandersetzen. (Urteil v. 13.3.1956, bayVGHE n.F. Bd.9 II S.27 ff.) Vorgelegt zur Prüfung wurde ihm Art.21 EGBGB. Er betonte (S.33), er könne nur die Kollisionsnorm überprüfen, da das vorlegende Gericht nur die Kollisionsnorm für verfassungswidrig halte. In den weiteren Ausführungen hob er ergänzend hervor, daß das von der Kollisionsnorm berufene ausländische Recht lediglich an Art.30 EGBGB und nicht an der Verfassung zu messen sei.
(2) Vom U.S. Supreme Court liegen eine Reihe von Entscheidungen über IPR-Fragen vor. Sie betreffen aber nur die Verhältnisse der einzelnen Staaten der USA zueinander. Das findet seinen Grund darin, daß Maßstab des Supreme Court die sog. "Full Faith an Credit" Klausel der US. Verfassung (Art.IV, Sect. 1) und die "Due Process" Klausel (XIV Amendment, Sect. 1) sind, die nur zwischen den US Staaten, nicht aber im Verhältnis zum Ausland gelten. (Die Rechtsprechung ist zusammengestellt von D o d d Jr. in Harvard Law Review Bd.29 (1925-26), S.533 ff. und J a c k s o n in Columbia Law Review Bd.45 (1945), S.1 ff.)

Zusammenfassung der Ergebnisse des ersten Abschnitts:

I.

1. Als Recht im Sinne dieser Arbeit wird die Gesamtheit der von den Organen einer Gemeinschaft zur rechtlichen Entscheidung von Lebenssachverhalten verwendeten Topoi verstanden. Dabei bedeutet:
   a) Topos: ein zur Lösung eines Problems verwendetes Argument;
   b) rechtliche Entscheidung: eine Entscheidung, die sich nach der Vorstellung des Entscheidenden an der Gerechtigkeit und nicht vordringlich an anderen Werten orientiert;
   c) Organ: einen Menschen oder eine Gruppe von Menschen, dann, wenn seine oder ihre Entscheidung nicht ihm oder ihnen selbst, sondern der Gemeinschaft zugerechnet werden.

2. a) Ein Topos gilt faktisch in einer Gemeinschaft, wenn er von deren Organen üblicherweise angewendet wird.
   b) Ein Topos gilt normativ in einer Gemeinschaft, wenn seine Anwendung den Organen der Gemeinschaft vorgeschrieben ist.
   c) Von der normativen auf die faktische Geltung ist ein Wahrscheinlichkeitsschluß möglich.

II.

1. Die Gesamtheit der in einer Gemeinschaft verwendeten Topoi wird zu einer Rechtsordnung geordnet durch
   a) Bestimmung der Organe;
   b) Bestimmung der Verbindlichkeit = normative Geltung von Topoi;
   c) Bestimmung des Ranges der Normen und Lösung der Rangkonflikte.

2. Die materielle Einheit einer Rechtsordnung wird durch die Widerspruchsfreiheit aller in ihr normierten Imperative gesichert.

3. Die Gesamtheit aller Normen bildet ein Modell der rechten Ordnung der Gemeinschaft. Sie läßt sich aus den Ergebnissen, zu denen die Normanwendung führen muß, erkennen und ist von der rechtstechnischen Ausgestaltung der Normen zum Teil unabhängig. Insofern stellt die Gesamtheit der Normen ein System dar.
   Innerhalb einer Gemeinschaft können mehrere Systeme nebeneinander bestehen. Eine solche Gemeinschaft soll als ein komplexes System bezeichnet werden.

4. Eine Rechtsordnung ist Friedensordnung, indem sie die Ausübung von Gewalt verbietet und monopolisiert. Diese Friedensordnung bestimmt die Möglichkeit der Durchsetzung (die Durchschlagskraft) eines subjektiven Rechts.

III.

1. Eine Rechtsordnung muß begrenzen:
   Die Zahl ihrer Angehörigen, wenn sie nicht die gesamte Welt umfassen will;
   den Umfang ihrer Normen in räumlicher oder persönlicher Hinsicht, wenn sie nicht alle Sachverhalte in der Welt regeln will;
   den Umfang der Zuständigkeit ihrer Organe, wenn diese nicht für alle Sachverhalte in der Welt zuständig sein sollen.

2. Diese Begrenzung erfolgt durch grenzrechtliche Topoi, werden diese fixiert, so liegen Grenznormen vor.

IV.

1. Ist der Umfang der Zuständigkeit weiter gezogen als der Umfang der materiellen Normen, so entsteht eine Normenlükke, die ausgefüllt werden kann
   a) durch Topoi, d.h. durch richterliche Sachnormenschöpfung;
   b) durch die Anwendung der Topoi und Normen einer fremden Rechtsordnung.

2. Die Anwendung fremden Rechts wird normiert durch den Rechtsanwendungsbefehl, der ein Bestandteil der Gerichtsverfassung ist.
   Rechtsanwendungsbefehl und Grenznorm sind nach Funktion, Adressat und Interpretation verschieden:
   die Grenznorm begrenzt die materielle Norm;
   der Rechtsanwendungsbefehl befiehlt eine bestimmte Norm anzuwenden;
   die Grenznorm ist Bestandteil der von ihr begrenzten Norm, sie wendet sich an den Adressaten der Norm,
   Adressat des Rechtsanwendungsbefehls ist dagegen das Organ;
   die Grenznorm ist aus den Begriffen des von ihr begrenzten Rechts heraus auszulegen, der Rechtsanwendungsbefehl dagegen aus einer Verbindung von eigener und fremder Rechtsordnung heraus interpretiert worden.

3. Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl können zur allseitigen Kollisionsnorm verbunden werden.
   Werden alle Begriffe der allseitigen Kollisionsnorm gleich interpretiert, so erhält sie die Funktion einer Abgrenzung des eigenen wie des fremden Rechts.
   Ein solches, rechtsvergleichend interpretiertes System von allseitigen Kollisionsnormen wird funktional zu einem Überrecht, das zwar nur für die Organe der eigenen Gemeinschaft verbindlich ist, aber den Anspruch erhebt, alle Rechtsordnungen der Erde begrenzen zu wollen.

4. Die Ausfüllung der Normenlücke durch Sachnormen erfolgt im Wege der
   Kumulation
   Angleichung
   oder auf Grund der Generalklausel des ordre public.
   Das Institut der Angleichung gibt auch eine Ermächtigung zur Rechtsschöpfung contra legem durch Abweichen vom Rechtsanwendungsbefehl.

V.

1. Der Rechtsanwendungsbefehl kann so verstanden werden, daß die Anwendung bestimmter Kategorien von Normen des fremden Rechts, die nach der lex fori bestimmt werden, ausgeschlossen sein soll. Als solche Gruppen treten das Prozeßrecht und das öffentliche Recht auf.

2. Die Friedensordnung der lex fori kann eine Veränderung des fremden subjektiven Rechts bewirken, indem zwar dessen Voraussetzungen nach dem fremden, die Rechtsfolgen aber nach dem eigenen Recht bestimmt werden.

2. Abschnitt: Die Dikelogie des Internationalen Privatrechts

Plan des zweiten Abschnitts

Wurden im ersten Abschnitt die Formen betrachtet, in denen das Internationale Privatrecht gesetzt wird, so mußte doch die Frage unbeantwortet bleiben, warum überhaupt eine solche Rechtsmaterie nötig ist und warum die Probleme gerade so und nicht anders gelöst werden. Zwischen der Anwendung fremden Rechts und der Lückenausfüllung durch Normenschöpfung läßt sich rechtslogisch ein Unterschied feststellen, es wird aber nicht klar, warum die eine oder die andere Methode gewählt wird, vor allem, warum man zu der für den Richter ungleich schwierigeren Anwendung des fremden Rechts greift.
Das Grundproblem des Internationalen Privatrechts, das überhaupt Veranlassung gibt, die Anwendung des eigenen Rechts in Frage zu stellen, soll im § 6 behandelt werden. Einstellung und Wertung des Grundphänomens des Fremden hängt von der Struktur der Gemeinschaft ab, von der alle Beteiligten umfaßt werden. Daher soll in den folgenden §§ 7-11 der Versuch gewagt werden, für einige historische Epochen die rechtliche Struktur der Gemeinschaft zu den Grundfragen des Grenz- und Rechtsanwendungsrechts in Beziehung zu bringen. Für die modernere Zeit ergibt dies einen Dreiklang zwischen der allgemeinen Staatslehre, der Völkerrechtslehre und dem Internationalen Privatrecht, der die Frage erlaubt, ob und wieweit die Lehre des Internationalen Privatrechts von der Entwicklung auf den anderen beiden Gebieten beeinflußt wird.
Das gegenwärtige Internationale Privatrecht stellt sich nicht als ein einheitliches System dar. Es gibt Lehrsysteme, die versuchen, von einem Prinzip her zu einer allgemeinen Grenzziehung für alle Rechtsordnungen zu gelangen (§ 12), es herrscht das besonders vom Gleichheitssatz geprägte Ideal der Entscheidungsharmonie, dessen konsequente Durchführung bereits zu be-

stimmten, im einzelnen darzustellenden Lösungen zwingt (§ 13). Diesem Postulat stehen aber andere entgegen, die sich auf andere Wertungen stützen und zu anderen Lösungen führen, ohne daß eine verbindliche Entscheidung zwischen ihnen getroffen werden könnte (§ 14). Besteht also schon im kontinentalen Rechtsraum ein Zwiespalt der Ziele des Internationalen Privatrechts, so wird dieser noch dadurch vergrößert, wenn man die in den USA vertretenen Lehren betrachtet (§ 15). Daß angesichts dieser Schwierigkeiten der Versuch gemacht wird, ganz neue und zugleich ganz alte Wege zu beschreiten, nämlich die normlogische Differenz durch Sachnormen aufzufüllen. Darauf läuft der Vorschlag S t e i n d o r f f s hinaus (§ 16). Die Schlußbetrachtung soll sich damit befassen, ob das Internationale Privatrecht durch den materiellen Inhalt des fremden Rechts beeinflußt wird, ob das Nebeneinander der Rechtskreise zu besonderen Störungen führt (§ 17).

§ 6

Die Bestimmung des Problems

I. Die Struktur der Rechtswissenschaft ist topisch und nicht axiomatisch[1], d.h. sie orientiert sich am Problem. Die Systembildung ist die nachfolgende Systematisierung der mittels Problemerörterung entwickelten Topoi, die Gliederung eines Topoikatalogs[2]. Aus diesem Arsenal entnimmt der Jurist die Instrumente, mit denen er den zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalt, das Problem, zu bewältigen sucht. Die Kenntnis dieses Arsenals, aber auch die Beschränkung auf die anerkannten Argumente und deren nur behutsame Erweiterung ist das prägende Merkmal juristischer Gelehrsamkeit, das einigende Band eines Juristenstandes[3]. Andererseits sind selbst bei gegebener Konstanz des Problems die zu seiner Lösung entwickelten Topoi nach Zeit und Ort verschieden, sie hängen, wie eben die gesamte Rechtsbildung, vom Zeitgeist und vom Gemeingeist der jeweiligen Gemeinschaft ab.

---

1) Grundlegend: V i e h w e g , Topik und Jurisprudenz.

2) V i e h w e g unterscheidet (aaO., S.18):
Topik erster Stufe: Die Behandlung eines Problems in der Weise, "daß man mehr oder weniger zufällige Gesichtspunkte in beliebiger Auswahl versuchsweise aufgreift".
Topik zweiter Stufe: Aus diesen Gesichtspunkten werden Topoikataloge gebildet, neue Probleme werden mit ihrer Hilfe gelöst. "Hat sich ein Katalog zulässiger Topoi gebildet, ergibt sich für die weitere Gedankenführung ... eine logische Bindung. Aber sie reicht nicht sehr weit. Die ständige Problemgebundenheit gestattet ... nur Ableitungszusammenhänge von geringem Umfange. Sie müssen im Hinblick auf das Problem zu jeder Zeit unterbrochen werden können. Jedes Problemdenken ist bindungsscheu." (aaO., S.23)

3) V i e h w e g , S.23 und S.64. Carl S c h m i t t hat dies bereits in seiner 1912 erschienen Abhandlung: "Gesetz und Urteil - Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis" erkannt:
"Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. 'Ein anderer Richter' bedeutet hier den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen." (aaO., S.71) und
(der Richter) ... "hat sich zu bemühen, daß seine Entscheidung der tatsächlich geübten Praxis entspricht und, wenn er von einer herrschenden Meinung abgeht, dies immer noch mit so einleuchtenden Argumenten tut, daß die Abweichung im Bereich der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit liegt ..." (aaO., S.78 f.).
Das bedeutet nichts anderes, als die Aufforderung, nicht willkürlich neue Topoi einzuführen.

Wenn aber dem Problem eine größere Konstanz innewohnen kann[1], als dem zu seiner Lösung dienenden rechtswissenschaftlichen Instrumentarium, so ist die Präzisierung des dem Internationalen Privatrecht zugrunde liegenden Problems vorweg geboten.

II. Das logische Problem des Internationalen Privatrechts ist, wie bereits erörtert, die Begrenzung der Rechtsnormen einerseits, der Zuständigkeit der Organe andererseits und die daraus entstehende Normenlücke. Damit ist aber die Frage gestellt, warum diese Begrenzung überhaupt erfolgt, warum diese Lücke entstehen muß und warum sie durch Anwendung fremden Rechts ausgefüllt wird.

1. Jede Rechtsordnung baut auf gewissen Grundgegebenheiten auf. Dazu gehört etwa die Tatsache, daß der Mensch eine Person ist, daß das Recht notwendig das Verhalten von Menschen regelt, daher an die Menschen adressiert ist und damit ihre Existenz als Normadressaten voraussetzt. Die Existenz des Menschen als Rechtssubjekt und Rechtssetzungssubjekt (zumindest als Übermittler des göttlichen Willens) ist somit jeder Rechtsordnung in der Weise vorgegeben, daß es in ihr irgendwelche Menschen geben muß, die Rechtssubjekte in diesem Sinne sind[2].

Weiterhin ist jede Rechtssetzung, wie bereits dargestellt, durch die besondere Eigenart der Gemeinschaft, ihren Sitten, Produktionsverhältnissen, ihren geographischen und historischen Standort, den in ihr vorherrschenden Wertanschauungen in der Weise bedingt, daß der Rechtssetzende auf diese "Realfaktoren" Rücksicht nehmen muß[3], und daß eine so gesetzte

---

1) V i e h w e g , aaO., S.16 f.

2) Im übrigen kann es aber aus logischen Gründen einer Rechtsordnung nicht verwehrt werden, bestimmte Menschen von der Rechtsfähigkeit auszuschließen, wie etwa die Sklaven oder eine abgestufte Rechtsfähigkeit einzuführen. Ein Beispiel für letzteres sind die "Nürnberger Gesetze" von 1935. Der Gleichheitssatz ist kein Gebot der Rechtslogik, sondern ein Gebot der Gerechtigkeit.

3) H e n k e l , Einführung in die Rechtsphilosophie, S.419 f.

Rechtsnorm ihre Geltung verlieren kann, wenn das Spannungsverhältnis zu diesen Realfaktoren ein gewisses Ausmaß überschreitet[1]. Auf Grund dieser notwendigen inhaltlichen Bedingtheit alles gesetzten Rechts kann die Aussage gewagt werden, daß jede Rechtsordnung als die konkrete Antwort einer Gemeinschaft auf die Frage und die Herausforderung angesehen werden kann, die sich aus der Idee der Gerechtigkeit ergibt. Zugleich zeigt eine Betrachtung unter diesem Blickpunkt, daß die Antwort nach Zeit und Ort verschieden ausfallen kann, ohne daß der jeweiligen Lösung der Vorwurf der Ungerechtigkeit gemacht werden kann, solange der Rechtsetzende sein Handeln an der Idee der Gerechtigkeit orientiert, negativ gefaßt, solange er Recht setzen und nicht Willkür ausüben will[2].

2. Das Phänomen, das dem Rechtssetzenden, wie dem Rechtsanwender die Grenzen der eigenen Rechtsordnung zum Bewußtsein bringt, ist das des Fremden. Dem Richter wird z.B. ein Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt, der sich nicht völlig innerhalb seiner Gemeinschaft abgespielt hat, einer der Beteiligten gehört etwa einer fremden Gemeinschaft an, oder ein Teil der zu beurteilenden Vorgänge hat sich auf dem Gebiet einer anderen Gemeinschaft abgespielt. Da der Richter den Streit gerecht entscheiden will, wäre es nur zu verständlich, wenn er die Maximen seiner Entscheidung der eigenen Rechtsordnung entnähme, ist diese für ihn doch die konkrete Antwort auf die Gerechtigkeitsfrage. Und doch muß in den fremden Elementen des Sachverhalts eine Unterscheidungskraft liegen, die bereits das Recht des Richters, den Streit zu entscheiden,

---

1) Z i p p e l i u s , Das Wesen des Rechts, S.40 ff.

2) Hier ist auf den oben dargestellten doppelten Begriff der Gerechtigkeit zurückzukommen. Ein ungerechtes Recht in diesem Sinne, das man als Un-Recht qualifizieren müßte, kann nur dann angenommen werden, wenn der Rechtssetzende bewußt gegen die Wertvorstellungen seiner Zeit und Gemeinschaft verstoßen will, ohne daß er zugleich die Absicht hat, die von ihm selbst als richtig erkannten Wertvorstellungen verwirklichen zu wollen. In diesem Sinne kann z.B. auch das kommunistische Recht nicht als ungerecht angesehen werden, ist es doch nach der Lehre des historischen Materialismus in besonderem Maße von den Realfaktoren abhängig, so daß zumindest nach der Lehre dem Ermessen des Gesetzgebers nur ein geringer Spielraum bleibt.

in Frage stellen kann, zumindest ihm aber die Erwägung aufnötigt, ob der Fall mit den von der eigenen Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Argumenten entschieden werden kann.

Zu dieser In-Frage-Stellung der eigenen Rechtsordnung kommt es aus folgenden Gründen:

Zu den Fundamentalsätzen der Gerechtigkeit gehört das Gebot, Gleiches gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln[1]. Da aber nicht ein einziger Lebenssachverhalt in allen Elementen einem anderen gleich ist, weil zumindest Personen, Zeit oder Ort des Geschehens verschieden sind, setzt die Gleichbehandlung solcher Sachverhalte eine Abstraktion von den individualisierenden Merkmalen voraus. Diese Abstraktion ist ein Ergebnis der Rechtssetzung, die aus dem individuellen Sachverhalt die rechtlich relevanten - und darum typisierbaren - Merkmale heraushebt. Nur auf diesem Wege ist die Aussage möglich, daß zwei Sachverhalte einander gleich seien. Die Bestimmung der typisierenden Merkmale läßt aber dem Ermessen des Rechtsetzenden weiten Raum[2].

Ein solches typisierendes Merkmal kann die Beziehung des Sachverhalts zu einer fremden Gemeinschaft sein. Es löst die Überlegung aus, ob die Fremdbeziehung den Sachverhalt gegenüber einem gedachten, der die gleichen typischen Merkmale, aber eben ohne Fremdbeziehung ausweist, als so ungleich erscheinen läßt, daß die Gerechtigkeit eine andere Behandlung gebietet[3].

---

1) S. dazu insbes. W. G o l d s c h m i d t , Der Aufbau der juristischen Welt, Nr.164, S.126 f. und Nr.195 f., S.145 ff

2) Zum Problem der Typisierung grundlegend das BVerfG v.16.9. 1959 (Hebammenurteil), BVerfGE Bd.9, S.338/349 ff.

3) Der Gesetzgeber pflegt in der Regel die Grenzen der eigenen Rechtsordnung nicht in Erwägung zu ziehen, da ihm nur das Problem innerhalb der eigenen Gemeinschaft vor Augen steht. Die Grenzfrage stellt sich dann erst dem Rechtsanwender. S. z.B. für die USA: C h e a t h a m und R e e s e , Columbia Law Review Bd.52 (1952), S.959 ff., S.961: "The vast run of statutes are enacted with only the intrastate situation in mind ... And this is so even if, as is frequently the case, the statute employs such sweeping terms as 'every contract' or 'every decedent'. Unless it appears that the draftsmen so intended, language of this sort is not to be taken literally to mean that the statute

Damit ist ein formaler Ansatz gewonnen: Die Begrenzung der eigenen Zuständigkeit oder des eigenen materiellen Rechtes ist geboten, wenn deren Anwendung auf Sachverhalte mit bestimmten Fremdbeziehungen als Verstoß gegen den Gleichheitssatz erscheint.

III. Der formale Ansatz kann nicht genügen. Schon die Rechtsgeschichte zeigt, daß die Antwort auf die in dieser konkreten Beziehung von der Gerechtigkeit gestellten Frage nicht einheitlich ausfiel. Von entscheidender Bedeutung ist es nun aber, aufzuklären, welche Realfaktoren, und welche geistigen Kräfte darauf bestimmend einwirkten.

Dazu ist von besonderer Bedeutung die Beantwortung folgender Fragen:

- Welche Gemeinschaften treten zueinander in Beziehung?
- Wie sind diese Beziehungen ausgestaltet, insbesondere, werden sie durch eine den Gemeinschaften übergeordnete Rechtsordnung beherrscht?
- Welche Ideen steuert der Zeitgeist zur Lösung dieser Fragen bei, welche Ziele setzt er, welche Methoden ergeben sich aus diesen Zielen und aus der allgemeinen wissenschaftlichen Grundhaltung der Zeit?

---

is applicable to every transaction wherever occurring or every case brought in the forum."
Noch deutlicher wird das Problem im Falle eines Präjudizienrechts, weil hier das fremde Element immer die Frage aufwirft, ob der Fall unterschieden werden muß. S. dazu W.e n g l e r , Festschr. f. den Dt. Juristentag 1960, S.289 f.

§ 7

Der Normenkonflikt in der antiken Welt

I. Die griechische Welt

1. Die politische Verfassung der griechischen Welt war geprägt vom Nebeneinander selbständiger Stadtstaaten, nach außen voneinander unabhängiger, im modernen Sinne souveräner Gemeinschaften. Sie traten zueinander in vielfältige rechtliche Beziehungen, so daß man von einem "Recht zwischen den Poleis" mit den Funktionen des modernen Völkerrechts sprechen kann[1]. Zur nichtgriechischen Welt bestand dagegen nur ein verdünnter Schleier von Beziehungen, die vor allem durch die ideologische Höherwertung aller Griechen gegenüber den Barbaren und dem Imperialismus des persischen Großreichs beeinträchtigt wurden[2].

2. Die Polis war personal und nicht territorial organisiert[3], nicht jeder Einwohner gehörte zum Kreis der vollberechtigten Bürger, die allein Träger der politischen Rechte, aber auch allein zum unbeschränkten Rechtsverkehr innerhalb der Polis berechtigt sind. Von ihnen hebt sich die Gruppe der μέτοικοι [4] ab, derjenigen Griechen, die ständig im Gebiet der Polis lebten, ohne dort im eigentlichen Sinne Bürger zu sein, und die auch nicht in vollem Sinne Berechtigte des Privatrechts waren. Diese personale Begrenzung führte dazu, daß der Angehörige einer anderen Polis als ξένος weder vom Privatrecht der Gastpolis erfaßt wurde, noch vor ihren Gerichten Rechtsschutz finden konnte[5].

---

1) Zur politischen Struktur und zum Völkerrecht der altgriechischen Welt s. P r e i s e r , WVR III, S.682 ff. und N u ß b a u m , Geschichte des Völkerrechts, S.5 ff.

2) Nachweise aus den alten Schriftstellern bei W a l k e r, A History of the Law of Nations, S.38 ff.

3) S. dazu S c h ö n b a u e r , ZSSt., Rom Abt., Bd.49, S.373 ff.

4) S. dazu H o m m e l in Pauly-Wissowas Realencyclopaedie der class. Altertumswissenschaft, Bd.XV, 2, Sp.1413 ff., zur Rechtsstellung insbes. Sp.1442 ff.

5) Egon W e i s s , Griechisches Privatrecht, Bd.I, S.171 m.w.N.

Dieser Zustand wurde aber durch Verträge zwischen den Poleis verbessert, die folgende typische Institute aufwiesen:

(1) Die Bestellung eines πρόξενος , d.h. eines Bürgers der Gastpolis, der die Interessen der Angehörigen der fremden Polis wahrnahm[1];

(2) Die Regelung von Rechtsstreitigkeiten zwischen den Angehörigen der vertragschließenden Poleis, wobei teilweise sogar in den Verträgen die Rechtssätze niedergelegt wurden, nach denen die Gerichte zu entscheiden hatten[2];

(3) Die Verleihung des Rechts zum Erwerb von Grundvermögen und des Rechts zur Eheschließung[3];

(4) Die völlige Gleichstellung mit den Bürgern[4].

3. Jede Polis hatte ihr eigenes Recht. Aber alle diese Rechte ruhten auf einem einheitlichen Rechtsbewußtsein, so daß sich die lokale Besonderheit gleichsam als Abweichungen von einer einheitlichen Norm darstellten[5]. Diese einheitliche Grundlage führte dazu, daß

(1) das Recht einer Polis in complexu von einer anderen übernommen werden konnte[6];

---

1) Zum Institut des πρόξενος s. v. W i l a m o w i t z - M o e l l e n d o r f f , Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer, S.40 und N u s s b a u m , aaO., S.7.

2) Die σύμβολα oder συμβολαί , Beispiele bei L e w a l d , Conflits de lois dans le monde grec et romain, in Ἀρχεῖον ἰδιωτικοῦ δικαίου Bd.13, 1946, S.30 ff., hier zitiert nach L a b e o Bd.5, 1956, S.334 ff., S.337 f.

3) Die ἔγκτησις γῆς καὶ οἰκίας und die ἐπιγαμία , s. dazu R o s t o v z e f f , The Social and Economic History of the Hellenistic World, Bd.I, 2. 304 f., zu ersterer auch H o m m e l in Pauly-Wissowas R.E. Bd.XV, 2, Sp.1422.

4) Die ἰσοπολιτεία s. dazu O e h l e r , Pauly-Wissowas Realencyclopaedie der class. Altertumswissenschaft, Bd. IX, 2, Sp.2227 ff.

5) L e w a l d , aaO., S.336 ff.; Egon W e i s s , Griechisches Privatrecht, Bd.I, Allg.Teil, S.5 ff.

6) Ein Beispiel bei L e w a l d , aaO., S.338 f.

(2) Bürger einer Polis als Richter in einer anderen wirkten, wobei sie die lex fori anwendeten[1];
(3) in der hellenistischen Zeit entsprechend der gemeingriechischen Sprache auch ein gemeingriechisches Recht entstand[2].

An sich waren also in Griechenland die Grundlagen dafür gegeben, daß die Gerichte einer Polis auch das Recht einer anderen anwendeten, nämlich die lokale Verschiedenheit des Rechts, die aber nicht auf einem grundlegend verschiedenen Rechtsbewußtsein beruhte, so daß sich die gegenseitige Anwendung von vornherein verboten hätte. Darüber hinaus bestand durch den ausgedehnten Verkehr der Griechen untereinander auch wohl die Notwendigkeit[3].
Trotzdem sind aber Zeugnisse eines griechischen Internationalen Privatrechts nicht erhalten.

4. Von besonderem Interesse ist das hellenistische Aegypten, weil hier durch die Papyrusfunde ein deutlicheres Bild vermittelt wird.

a) Das ptolemäische Königreich Aegypten stellt sich als ein komplexes juristisches System dar, das zwei rechtlich scharf voneinander getrennte ethnische Gruppen umfaßt: Die aegyptischen Ureinwohner und die Griechen, letztere wiederum aufgeteilt in die Bewohner der griechischen Städte, die von vornherein, gleichsam extraterritorial, nach griechischem Recht lebten und die über das Land verstreuten Griechen, die aber in Anwendung des Personalitätsprinzips ebenfalls

---

1) Die δικασταὶ μετάπεμπτοι s. dazu L e w a l d , aaO., S.339 f.

2) Zu dieser "Koinè juridique" s. S e i d l , Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozeßrecht, S. 47

3) L e w a l d kommt zu folgendem Ergebnis (aaO., S.340 f.)
"1) Nous pouvons considérer comme certain que, dans l'ancienne Grèce, le problème du droit international privé était reconnu comme tel et que les tribunaux grecs n'ont pas, par principe, décliné l'application d'une loi qui n'était pas la leur.
2) Nous avons pu constater que les cités grecques, en vue de régler la procédure à appliquer dans les conflits de droit privé venant à surgir entre leurs ressortissants, ont essayé de faire ce que font aujourd'hui nos États modernes lorsqu'ils concluent des traités ayant pour objet les relations de droit privé de leurs ressortissants respectifs."

dem griechischen, nicht dem aegyptischen Recht unterworfen waren[1].

b) Somit gab es im Lande dreierlei Recht[2],

(1) Die für alle geltenden Gesetze des Königs;

(2) das allgemeine Recht des Landes, das aber nur für die Aegypter galt;

(3) das Recht der Griechen, das auf zwei Grundlagen beruhte:

(a) der Autonomie der griechischen Städte, wie z.B. Alexandria;

(b) der Zulassung eines gemeingriechischen Rechts auf Grund des Personalitätsprinzips.

Das Recht weiterer Gruppen, wie z.B. der Juden, war daneben nur von geringer Bedeutung[3].

c) Die beiden Volksgruppen lebten nicht nur nach ihrem eigenen Recht, sie hatten auch eine eigene Gerichts- und Notariatsorganisation[4].

Es gab

(1) aegyptische Gerichte, die nur für Rechtsstreitigkeiten zwischen Aegyptern zuständig waren[5];

(2) gemischt besetzte Gerichte, die für Rechtsstreitigkeiten zwischen Griechen und Aegyptern zustän-

---

1) L e w a l d , aaO., S.343 ff.; S e i d l , Ptolemäische Rechtsgeschichte, S.1 ff.

2) L e w a l d (aaO., S.347) entnimmt dem Papyrus Gurob 2 (abgedruckt bei M i t t e i s , Chrestomathie der Papyruskunde, Bd.II unter Nr.21) einem Prozeßprotokoll aus den Jahren 226-225 v.Chr., daß das (griechische) Gericht auf drei Rechtsquellen verwiesen war:
1. die διαγράμματα , die königlichen Gesetze;
2. die πολιτικοὶ νόμοι , die Gesetze der griechischen Gemeinschaft;
3. die γνώμη ἡ δικαιοτάτη .

3) L e w a l d , aaO., S.346 f.

4) Grundlegend dazu: Hans Julius W o l f f , Das Justizwesen der Ptolemäer, passim.

5) Die λαοκρίται , s. dazu W o l f f , aaO., S.43 ff., S e i d l , aaO., S.70 ff.

dig waren[1] und

(3) besondere Gerichte, besetzt mit griechischen Richtern, die griechisches Recht anwendeten; und zwar auch außerhalb der griechischen Städte[2].

Daß aber die Könige auch über die Abgrenzung der Gerichte die letzte Zuständigkeit beanspruchten, zeigt das vom Personalitätsprinzip abweichende Kompetenzgesetz des Euergetes II. aus dem Jahre 118 v.Chr.[3].

Daraus läßt sich entnehmen, daß die Zulassung des griechischen Rechts nicht auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung erfolgte, sondern aus dem einheitlichen Rechtsbewußtsein der Zeit, daß ein jeder Mensch sein Recht, das Recht seiner Volkszugehörigkeit habe, und daß dieses Recht nicht einfach auf Fremdlinge übertragbar sei. Wo sich allerdings, wie im Vertragsrecht, eine gewisse Loslösung des Rechts von den grundlegenden Wertanschauungen der Gruppe, auf denen es aufruht, bemerkbar machte, ging man auch zur Austauschbarkeit über. Das oben erwähnte Gesetz enthält durch die hinter ihm verborgene Kollisionsnorm und in Verbindung mit der grundsätzlichen Freiheit der Wahl der Vertragssprache ein Beispiel der Anknüpfung an die Parteiautonomie[4].

---

1) Das κοινοδίκιον , diese Gerichte waren aber nicht von Bestand, s. dazu W o l f f , aaO., S.53 ff.

2) Die χρηματισταί , s. dazu W o l f f , aaO., S.64 ff. und S e i d l , aaO., S.74 ff.

3) Papyrus Tebtynis I 5, abgedruckt bei D a v i d - van G r o n i n g e n , Papyrological Primer, No. 57, S.116. Die hier interessierende Stelle lautet:
(Bezüglich der Rechtsstreitigkeiten von Aegyptern gegen Griechen, von Griechen gegen Aegypter und von Aegyptern gegen Aegypter wird bestimmt:)
"τοὺς μὲν καθ'Ἕλληνικὰ σύμβολα συνηλλαχότας Ἕλλησιν Αἰγυπτίους ὑπέχειν καὶ λαμβάνειν τὸ δίκαιον ἐπὶ τῶν χρηματιστῶν. Ὅσοι δὲ Ἕλληνες ὄντες συγγραφόμενοι κατ' Αἰγύ(πτια) συναλλάγματα ὑπέχειν τὸ δίκαιον ἐπὶ τῶν λαοκριτῶν κατὰ τοὺς τῆς χώρας νόμους. Τὰς δὲ τῶν Αἰγυ(πτίων) πρὸς τοὺς αὐτοὺς <Αἰ>γυ(πτίους) κρίσεις μὴ ἐπισπᾶσθαι τοὺς χρημα(τιστὰς), ἀλλ' ἐὰν [[κριν]] διεξάγεσθαι ἐπὶ τῶν λαοκριτῶν κατὰ τοὺς τῆς χώρας νόμους."
Zum rechtspolitischen Hintergrund dieses Gesetzes s. W o l f f , aaO., S.86 ff.

4) L e w a l d , aaO., S.349 f.

II. Das römische Reich

1. Grundlagen:

a) Rom entwickelte sich vom Stadtstaat zum Weltreich, von einer abgeschlossenen ruralen Gesellschaft zum Zentrum der Wirtschaft und Verwaltung des ganzen europäischen und vorderasiatischen Raumes. Daraus ergab sich ein zunehmender Grad von Verdichtung der Beziehungen zu den Angehörigen anderer Stadtstaaten, der Reiche des vorderen Asiens und der barbarischen Stämme im Norden und Westen. Diese Begegnungen mußten auch im Recht Auswirkungen haben.

b) Ebenso wie in der griechischen Welt, wurde auch von Rom die Existenz eines Völkerrechts (im Sinne eines jus inter civitates) anerkannt[1]. Mit der Ausdehnung des römischen Reiches entfiel aber für den Mittelmeerraum die Grundvoraussetzung dieses Völkerrechts, das Nebeneinander souveräner, gleichberechtigter Staatsgebilde[2]. Gleichrangige Beziehungen im Sinne des modernen Völkerrechts konnten nur mehr zu den nicht unterworfenen Staaten bestehen, die sich als ein äußerer Rand um das römisch beherrschte Mittelmeergebiet legten. Dieses Völkerrecht betraf die altehrwürdigen Regeln des Gesandtschaftsrechts, sowie das Kriegsrecht[3]. Darüberhinaus herrschte aber die Vorstellung von der völligen Beziehungslosigkeit und der Rechtlosigkeit der eigenen Angehörigen im Bereich der anderen Gruppe[4]. Nur durch Ver-

---

1) Zum römischen Völkerrecht s. P r e i s e r , WVR III, S.683 ff.; N u s s b a u m , Geschichte des Völkerrechts, S.11 ff. und insbes. W a l k e r , A History of the Law of Nations, Bd.I, S.44 ff., mit Nachweisen aus den antiken Schriftstellern, zur Verbindung von Völkerrecht und jus gentium in der römischen Rechtswissenschaft s. R e i b s t e i n , Völkerrecht, Bd.I, S.53 ff.

2) P r e i s e r , aaO., S.684, ist der Ansicht, daß mit der Schlacht bei Pydna, 168 v.Chr., die Voraussetzungen für ein Völkerrecht auch im östlichen Mittelmeerraum entfallen sind.

3) Beispiele bei W a l k e r , aaO., S.54 ff.

4) Vgl. P o m p o n i u s , D 48.15.5.2. und R e i b s t e i n , aaO., S.57 f.

träge konnte dies gemildert werden und solche Verträge wurden auch sogar mit Barbarenstämmen geschlossen[1].

c) Das Reich selbst war zur Zeit des Prinzipats kein einheitliches Gebilde, sondern ein komplexes Nebeneinander der verschiedenartigsten Gemeinschaften[2]; der Kernbereich Italien, der seit 89 v.Chr. zu einer Einheit zusammengefaßt worden war, die kaiserlichen und die Senatsprovinzen, das einem besonderen Regime unterworfene Aegypten[3], und dazwischen eingesprenkelt, die civitates liberae ac foederatae[4] und die römischen coloniae. Die civitates liberae ac foederatae waren schon de jure zur eigenen Gesetzgebung berechtigt, aber auch in den Provinzen blieb zumindest im griechischen Osten das alte Privatrecht bestehen[5], die Eroberung führte zur Verleihung des römischen Privatrechts ebensowenig, wie zur Verleihung des römischen Bürgerrechts.

Auch die Constitutio Antoniniana von 212 n.Chr.[6], durch die der Kreis der römischen Bürger wesentlich erweitert wurde, bewirkte nicht die privatrechtliche Einheit des Reiches[7]. So kann man das römische Reich als ein komplexes juristisches System verstehen und es fragt sich, wie die dem Internationalen Privatrecht vorgegebenen Fragestellungen in Rom bewältigt wurden[8].

---

1) Beispiele bei N u s s b a u m , aaO., S.13.

2) S. dazu L e w a l d , aaO., S.350 ff.

3) L e w a l d , aaO., S.358 f.

4) Z.B. Chios, L e w a l d , S.368.

5) Beispiele bei L e w a l d , aaO., S.354 f. In Aegypten gab es nach der römischen Eroberung ein Nebeneinander von drei Rechten, s. L e w a l d , aaO., S.368 ff.

6) Text dieser Constitutio bei K ü b l e r , Pauly-Wissowas RE, Bd.XIX, 1 Sp. 641 f.

7) L e w a l d , aaO., S.353, mit weiteren Nachweisen.

8) S. zu dieser Frage außer den bisher angegebenen: K a s e r Bd.I, S.179, Fn.1, Bd.II, S.37; v. B e s e l e r , ZSSt. Rom Abt. Bd.52, S.286 Fn.2; W e s e n b e r g , Labeo Bd.III, S.227 ff.

2. Die Stadt Rom selbst

a) Das römische Privatrecht war grundsätzlich das Recht des römischen Bürgers[1], d.h. sein Geltungsbereich war personal begrenzt, der Nichtbürger entbehrte in diesem System schlechterdings der Rechtsfähigkeit[2]. Die Begrenzung des Umfanges der Rechtsordnung fiel mit der des Kreises der Bürger zusammen. Das römische Bürgerrecht im Sinne eines Kreises von objektiven Normen, die diesen Status bestimmten, kennt Problemstellungen und Problemlösungen, die dem modernen Staatsangehörigkeitsrecht sehr ähnlich sind[3]. Mit dem Zustrom von Fremden in die sich ausdehnende Stadt, mit der Entwicklung der Handelsbeziehungen konnte dieser Zustand aber nicht bestehen bleiben.

b) So mußte es in der ersten Stufe zu einer Erweiterung des Umfangs des jus civile kommen. Dieser Vorgang wurde als Verleihung eines Privilegs aufgefaßt und - ähnlich wie im griechischen Recht, - auf die Verleihung einer jeweils speziellen, teilweisen Rechtsfähigkeit beschränkt. So kam es zur Verleihung des commercium und des connubium an andere civitates, ohne daß damit die volle Gleichstellung mit den römischen Bürgern verbunden gewesen wäre[4].

---

1) Zum Begriff des civis Romanus: K a s e r Bd.I, S.241 ff.; zum Begriff des peregrinus: K ü b l e r , Pauly-Wissowas RE Bd.XIX, 1, Sp. 639 ff.; zum jus Latii: S t e i n w e n t e r , Pauly-Wissowas RE Bd.X, 1. Sp. 1260 ff.

2) K ü b l e r , aaO.; K a s e r , Bd.I, S.26 ff. und S. 190 ff.

3) Vgl. G a i u s , Institutiones I §§ 28 ff.; 56 f. und 65 ff. Entscheidender Anknüpfungspunkt ist die Abstammung, nicht etwa der Wohnsitz, der Sohn eines in Rom lebenden peregrinus wird nicht etwa römischer Bürger, wenn nicht einer der Sondertatbestände vorliegt, vgl. G a i us I §§ 56, 76 f. 92. Weiteres zu dieser Frage bei N i e d e r e r , Festschrift für Hans Fritzsch, S.120, Fn.20.

4) Zum commercium: R. L e o n h a r d in Pauly-Wissowas RE, Bd.IV, 1, Sp. 767 f.; zum connubium: d e r s . , aaO. Sp. 1170 f. Beispiele der Verleihung des jus connubii bei J ö r s - K u n k e l - W e n g e r , Römisches Recht, S.273.

c) Auf einer zweiten Stufe zeigt sich das Phänomen einer territorialen, nicht mehr personalen Begrenzung des jus civile[1]. Es handelte sich dabei um Hoheitsakte, die man mit einem modernen Ausdruck als "Lois d'ordre public"[2] bezeichnen könnte; Rechtsnormen also, mit deren Ordnungsfunktion es unvereinbar erschienen wäre, wenn sie nicht an alle sich in dem umschriebenen Gebiet aufhaltenden Personen adressiert worden wären. Bemerkenswert ist immerhin, daß diese Abgrenzung die Ausnahme darstellte und daß sie eines ausdrücklichen Gesetzgebungsaktes bedurfte.

d) Über diesen Bereich hinaus zeigt sich in Rom aber zum ersten Male deutlich das Phänomen der Normenlücke. Die ständige Anwesenheit einer großen Zahl von Nichtbürgern in Rom machte die Einrichtung einer besonderen Behörde notwendig, des praetor inter peregrinos[3]. Seine Entscheidungsgewalt hatte ihre Rechtsgrundlage in der verfassungsmäßigen Amtsgewalt des römischen magistratus[4], aber die Maximen für seine Entscheidungen konnte ihm das jus civile nicht liefern, da es ja gerade nicht für die Nichtrömer galt, soweit nicht die bestimmten, eng begrenzten Ausnahmen vorlagen.

Die Ausfüllung dieser Lücke erfolgte nicht durch die Anwendung fremden Rechts, sondern durch die Schöpfung von Sach-

---

1) Z.B. die Ausdehnung gewisser Bestimmungen der lex Aelia Sentia auf die peregrini, G a i u s I, § 47. L e w a l d , aaO., S.357, berichtet, daß das gleiche von einer lex Sempronia über den Wucher galt. Ein interessantes Beispiel in diesem Zusammenhang ist aber auch die praetorische Fiktion der civitas Romana zugunsten wie zu Lasten eines peregrinus, "si modo justum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi", G a i u s IV § 37. Als Beispiele werden aaO. aufgeführt die actio furti und die lex Aquilia. Auch scheinen ordre public Erwägungen vorgelegen zu haben, da es sich bei diesen actiones um Fälle des Schadensersatzes handelte, die auch zugleich die Funktion der Strafverfolgung erfüllten, vgl. L e w a l d , aaO.

2) L e w a l d , aaO., S.357.

3) S. dazu C. K o c h , Pauly-Wissowas RE 44. Halbband, Sp. 1592 ff.

4) C. K o c h , aaO., Sp. 1593 f.

normen, der Rechtsquelle nach also römischem Recht, dem jus gentium[1]. Dieses, gleichsam aus richterlicher Rechtsschöpfung stammende Recht war inhaltlich geprägt von den Bedürfnissen des Verkehrs[2], so daß es moderner und praktischer war als das jus civile. Daraus ergaben sich wichtige Folgen: Einmal griffen die römischen Bürger selbst zu den verkehrsgerechteren Instituten und Formeln des jus gentium[3], so daß sein Charakter als Sonderrecht der peregrini im Laufe der Zeit zurücktrat. Dadurch erweckte es zum anderen die Vorstellung eines Weltrechts, eines Rechts "quasi quo omnes gentes utuntur"[4] und, in einer weiteren Steigerung, eines Rechts, "quod naturalis ratio inter omnes homines constituit."[5]

e) Bestand neben diesem jus gentium überhaupt noch ein Bedürfnis für die Anwendung fremden Rechts? Diese Frage läßt sich nicht von vornherein verneinen.

i) Das jus gentium bewahrheitete seinen Charakter als Verkehrsrecht dadurch, daß es keine Institutionen des Familien- und des Erbrechts ausbildete[6]. Die römischen Juristen haben die Existenz der Rechtsordnungen anderer Gemeinschaften in diesem Bereich durchaus zur Kenntnis genommen[7].

---

1) Zum jus gentium s. Egon W e i s s , Pauly-Wissowas RE, Bd.XIX, Sp. 1218 ff. und S c h ö n b a u e r , ZSSt., Rom Abt. Bd.49, S.383 ff.

2) S o h m - M i t t e i s - W e n g e r , Institutionen des Römischen Rechts, S.67: "Hinter dem Magistrat aber stand die Naturgewalt von Handel und Verkehr".

3) K a s e r Bd.I, S.180 f., S c h ö n b a u e r , aaO., S.394 ff.

4) G a i u s I, § 1, übernommen in I 1.2.1.

5) G a i u s und I. aaO.

6) Vgl. die bei W e i s s aaO., Sp. 1225 ff. angeführten Institutionen des jus gentium, und L e w a l d , aaO., S.353.

7) Aus U l p i a n , regularum liber singularis XX § 14 ergibt sich, daß peregrini nach dem Recht ihrer civitas testieren konnten; nach G a i u s I § 92 und § 55 ergibt sich, daß die elterliche Gewalt des in einer Ehe zwischen peregrini erzeugten Kindes vom Recht ihrer Gemeinschaft bestimmt wird; nach G a i u s III § 120

ii) Es läßt sich keine Regel nachweisen, daß der praetor sich nicht mit solchen Prozessen befassen durfte; für die Kaiserzeit gilt sogar die Norm, daß jemand seinen allgemeinen Gerichtsstand vor dem forum domicilii und dem forum orignis hat[1].

iii) Da römische Bürger für ihre Rechtsbeziehungen unter sich wählen konnten, ob sie jus civile oder jus gentium angewendet haben wollten, fragt sich, ob dies nicht auch für peregrinen galt, die der gleichen Gemeinschaft angehörten. Man könnte annehmen, daß der praetor ihr gemeinsames Recht anwendete, wenn es ihm, ähnlich wie heute im englischen Recht, nachgewiesen wurde[2]. Das jus gentium hätte in diesem Falle dann nur mehr eine subsidiäre Funktion erfüllt. Unbedingt hätte es aber gegolten zwischen peregrini verschiedener civitates[3] und für die peregrini deren civitates nicht mehr existierten[4].

---

haften die Erben eines peregrinischen Fidepromissors nur dann, wenn dessen Heimatrecht dies bestimmt; d e r s ., bezeichnet in Buch III, § 134 die litterarum obligatio chirographis et syngraphis als "proprium peregrinorum"; die nach dem Recht einer fremden Gemeinschaft zwischen deren Angehörigen vorgenommene Adoption wird auch in Rom anerkannt, C i c e r o , epistolae ad familiares XIII, 19.

1) G a i u s , D 50.1.29.

2) Bejahend: S c h ö n b a u e r , aaO., S.394; W e n g e r, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, S.290; S i b e r , Römisches Privatrecht, S.9 und ihnen folgend, N i e d e r e r , aaO., S.121 ff.; verneinend: K u n k e l , Römische Rechtsgeschichte, S.50.

3) Hier erfüllte das jus gentium die gleiche Funktion wie heute das intergentile Recht, vgl. dazu W e n g l e r , RdC Bd.104, 1961 III, S.296 ff.

4) Das traf regelmäßig für die pergrini dediticii zu. Daß dies aber auch dann nicht notwendig der Fall war, wenn es ihnen gelang, weiterhin eine personal organisierte Gemeinschaft aufrecht zu erhalten, zeigt das Beispiel der Juden, die auch nach der Zerstörung Jerusalems im Jahre 70 n.Chr. noch nach ihrem eigenen Recht lebten, vgl. W e n g e r , Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd.14, S.117, Fn.87.

3. Die Provinzen

a) Daß die römischen Soldaten auch an den Grenzen des Reiches nach römischem Recht lebten, leuchtet ein[1]. Bemerkenswert ist aber, daß ein peregrine, der in das römische Heer eintrat, mit dem römischen Bürgerrecht auch das römische Privatrecht erwarb, es trat ein Statutenwechsel ein, an dem seine Familienangehörigen keinen Anteil hatten[2].

Aber auch die römische Bürgerin, die einen peregrinus geheiratet hatte und mit ihm in einer fremden Stadt lebte, bedurfte zur gültigen Vornahme eines Rechtsgeschäfts nach jus civile noch eines Römers als tutor, ihr römisches Personalstatut blieb ihr also erhalten[3].

b) Andererseits gab es territorial begrenzte Normen, die Römer wie Nichtrömer betrafen. Der Eintragungspflicht in die aegyptische βιβλιοθήκη ἐκτήσεων unterlagen z.B. unabhängig vom Personalitätsprinzip alle in Aegypten belegenen Grundstücke[4].

---

1) L e w a l d , aaO., S.367 f. Sie unterstanden allein dem Gouverneur.

2) Vgl. den Fall, der dem Papyrus Cattaoui III (aus dem Jahre 115 n.Chr.) zugrunde liegt (M i t t e i s , Chrestomathie No.372 Col. IV): Ein alexandrinischer Grieche war römischer Soldat geworden. Zuvor hatte er eine alexandrinische Griechin geheiratet. Nachdem er durch den Eintritt in die Armee das Bürgerrecht erlangt hatte, wurde sein Sohn geboren. Diesen setzte er testamentarisch zum Erben ein. Nach dem Tode des Vaters wandte sich die Frau mit der Bitte an den Praefekten, den Sohn für ehelich zu erklären und ihn als Erben anzuerkennen. Der Praefekt verneinte das erste Ersuchen (auf Grund des Eheverbots für Soldaten), gab dem zweiten aber statt (s. dazu G a i u s II, § 109: ein Soldat kann auch einen peregrinus zum Erben einsetzen).

3) Aus dem Papyrus Londoniensis II No. 470 (M i t t e i s , Chrestomathie No. 328) aus dem Jahre 168 n.Chr. ergibt sich, daß der römischen Frau eines peregrinus für eine acceptilatio ein römischer Bürger als tutor bestellt wurde.

4) L e w a l d , aaO., S.360 f.

c) Für die übrigen Bürger scheint im wesentlichen das Personalitätsprinzip gegolten zu haben[1].

4. Die justinianische Kodifikation versucht die Einheit des Privatrechts im Reich herzustellen. Aber auch sie kommt an den Abgrenzungsproblemen nicht vorbei. Die Regelung der Zuständigkeiten einerseits, die Anweisung lokale Rechte zu beachten, andererseits, führte zu einer Reihe von Regelungen, aus denen sich im Mittelalter die Kommentatoren der Statutenlehre ihre Topoi holten[2].

---

1) Bemerkenswert ist der Fall Petition der Dionysia, Papyrus Oxyrhinchos Bd.II, Nr.237, 186 post): der ἄγραφος γάμος einer Griechin in Aegypten unterliegt dem aegyptischen Recht!

2) Folgende Loci waren von besonderer Bedeutung im Mittelalter (Zusammenstellung von E.M. M e i j e r s , RdC 49, 1934 III, S.626):
   1. Beachtung lokaler Gewohnheiten: D 21.2.6; 22.1.1; 26.7.32.6; 50.17.34; C 6.23.9; 8.10.3.
   2. Zuständigkeitsabgrenzung: D 2.1.20; 5.1.15; 22.5.3; C 6.23.31; 6.32.2; 8.48.1.

§ 8

Der Konflikt verschiedener Rechte im Mittelalter

I. Das System der persönlichen Rechte

1. Die Grundlagen

a) Als das weströmische Reich in den Stürmen der Völkerwanderung zusammenbrach, traten neue Gemeinschaften in das Licht der Geschichte, die germanischen Großstämme, die auf dem Gebiet des verfallenden Imperiums neue Reiche bildeten.

Bei diesen Großstämmen handelte es sich um die Zusammenfassung von Gruppen, "Stämmen", die auf dem Abstammungsprinzip aufbauten, sich im germanischen Raum als abgegrenzte Gemeinschaften fühlten und so auch von den anderen betrachtet wurden. Die geschichtlich bedeutsam werdenden Großstämme stellen Zusammenfassungen solcher Stämme dar[1]. Ihre Staatsbildung unterscheidet sich von der modernen Definition des Staates dadurch, daß das Staatsgebiet dabei keine Rolle spielt, zeigt doch gerade das Phänomen der Wanderung, daß die Einheit des Volkes auf den verschiedensten Territorien erhalten blieb[2].

Diese Stämme hatten ihr eigenes Recht, das sich von dem anderer Stämme unterschied, wenn auch alle Stammesrechte auf einer einheitlichen Grundlage, einem einheitlichen Rechtsbewußtsein beruhten[3]. Diese Grundlage führte aber nicht zu einem Recht zwischen den Stämmen, die Grenze der einzelnen Rechtsordnung war personal gezogen, wer nicht dem Stamme zugehörte war rechtlos und konnte Rechtsschutz nur über das Gastrecht erlangen[4].

b) Kennzeichen der Reichsbildung ist die territoriale Verfestigung. Vom 5. bis zum 9. Jahrhundert tritt in Europa eine territoriale Neuordnung ein, die mit der Verfestigung

---

1) M i t t e i s - L i e b e r i c h , Deutsche Rechtsgeschichte, S.30.

2) M i t t e i s - L i e b e r i c h , aaO., S.16, Staat in diesem Sinne ist "jede auf keinen anderen Titel rückführbare Ordnung des Volksverbandes".

3) C o n r a d , Deutsche Rechtsgeschichte Bd.I., S.25.

4) C o n r a d , aaO., S.15.

des fränkischen Großreiches einen Abschluß, in der Kaiserkrönung Karls des Großen die Bestätigung durch die Kirche fand. Waren die eingewanderten Stämme anfangs noch foederati[1] und damit zumindest rechtlich Untertanen, so wurden sie mit dem Ende der weströmischen Staatsgewalt zu Herren, die kraft der Eroberung eine originäre Staatsgewalt über die unterworfene Bevölkerung ausübten[2].

Bei der unterworfenen Bevölkerung handelte es sich um "Römer" im weiteren Sinne des Wortes, um die Angehörigen aller Volksgruppen, die in das römische Reich eingegliedert worden waren und die bisher dem römischen Recht unterstanden. Die Haltung der neuen Staatsgewalt gegenüber den Unterworfenen war uneinheitlich. Während die Westgoten versuchten, durch eine einheitliche Gesetzgebung für Goten wie Römer ein einheitliches Staatsvolk zu schaffen[3], trennten Vandalen[4], Burgunder[5] und Langobarden[6] die beiden Volksgruppen auch rechtlich.

c) Die fränkischen Eroberungen bewirkten teilweise eine zweite Überlagerung: Über unterworfene Römer und erobernde Burgunder[7] legte sich jetzt, wiederum kraft Eroberungsrechts die Staatsgewalt der fränkischen Könige. Dadurch wurde im fränkischen Reich eine Vielzahl von Stämmen unter einer einheitlichen Herrschaft zusammengefaßt.

---

1) Zum Begriff der foederati und der hospitalitas s. M i t t e i s - L i e b e r i c h , S.32.

2) Eine Zwischenstufe zwischen dem foedus und der echten Eroberung stellt das Reich der Ostgoten in Italien dar, s. dazu C o n r a d , aaO., S.57.

3) Der Codex Eurici von 475/6 galt für die Goten, sowie für Streitigkeiten zwischen Goten und Römern; schon der Liber judiciorum von 654 galt aber für alle Reichsangehörigen, mit der Lex Romana Visigothorum von 506 ist die Entwicklung abgeschlossen. (Im einzelnen streitig, s. C o n r a d , aaO., S.58 ff.).

4) C o n r a d , aaO., S.62.

5) Lex Burgundionum für die Burgunder, Lex Romana Burgundionum für die Römer, Datierung im einzelnen unsicher, s. dazu C o n r a d , aaO., S.62 f.

6) Näheres dazu unten S. 121 ff.

7) Zusammenbruch des Burgundischen Reiches: 534.

Rechtlichen Ausdruck fand diese Zusammenfassung in der Gesetzgebungsgewalt des Königs, dem Verordnungsbann[1], auf Grund dessen der König Rechtsnormen erlassen konnte, die für alle Völkerschaften in seinem Reich verbindlich waren[2]. Trotz dieser Gewalt war das fränkische Reich privatrechtlich kein einheitliches Gebilde, die einzelnen Gruppen des Staatsvolkes behielten ihr eigenes Privatrecht, das gerade unter der Herrschaft der Franken durch die Niederschrift der Volksrechte eine feste Grundlage erhielt[3]. Beruhten auch die Volksrechte zwar formal auf der Gesetzgebungsgewalt des Königs, so waren sie durch inhaltlich von den innerhalb der einzelnen Gruppen herrschenden Rechtsanschauungen weitgehend bestimmt[4].

Das fränkische Reich war also privatrechtlich ein komplexes juristisches System[5], dessen Rechtsordnung vor der doppelten Aufgabe stand:

i) Die Zugehörigkeit zu den einzelnen Volksgruppen zu bestimmen und

ii) für den Fall, daß Angehörige verschiedener Gruppen zueinander in Rechtsbeziehungen traten, festzulegen, welches Recht die Beziehung beherrschen sollte.

---

1) S. dazu C o n r a d , aaO., S.93 und S.134 ff.

2) Zu den Typen dieser Capitularien s. C o n r a d , aaO.

3) Und zwar als "pactus", d.h. als Vereinbarung zwischen König und Volk, C o n r a d , aaO., S.134 f.
Der König behielt sich auch vor, diese Volksrechte durch "Capitula legibus addenda" zu ergänzen. Diese bedurften aber der Zustimmung der Angehörigen der jeweiligen Gruppe, vgl. C o n r a d , aaO., S.135.

4) C o n r a d , aaO., S.129 ff.

5) Das fränkische Reich war in doppelter Hinsicht ein komplexes System, da zu der Scheidung nach Stämmen noch die in Stände trat, s. dazu C o n r a d , aaO., S.115 ff.

Die erste Aufgabe wurde durch die Anknüpfung an die Abstammung, die zweite durch Kumulation der Rechte beim begründenden Akt und im übrigen durch die Anknüpfung an das Personalstatut gelöst.

Alle diese Regeln galten aber nur nach innen. Wer nicht einem der im Reich eingegliederten Stämme angehörte, war rechtlos, seine Rechtsfähigkeit konnte nur durch einen Hoheitsakt begründet werden, der ihm den Schutz des Königs gewährte und damit einem bestimmten Recht unterstellte[1]. Von einer Anwendung seines Rechts vor den Königsgerichten scheint kein Zeugnis vorzuliegen. Das System der persönlichen Rechte fand hier also seine Grenze.

2. Das System der persönlichen Rechte im langobardischen Italien

Für den Bereich Italiens ist das System der persönlichen Rechte von Karl N e u m e y e r eingehend untersucht worden[2]. Das Gebiet des langobardischen Königreichs Italien soll daher als Beispiel herangezogen werden.

a) Die Langobarden herrschten in Ober- und Mittelitalien auf Grund des Rechts der Eroberung. Das langobardische Königreich umfaßte ein Gebiet, das im Norden und Westen vom fränkischen Reich, im Osten vom byzantinischen Exarchat Ravenna , im Süden vom unabhängigen langobardischen Herzogtum Benevent begrenzt und durch das Patrimonium Petri zerrissen war. Die fränkische Eroberung, die 774 abgeschlossen war, beließ diesem Gebiet einen Sonderstatus, es blieb weiterhin Königreich Italien, in Personalunion mit der fränkischen[3], später der deutschen Königskrone[4].

Die Langobarden hatten ihr Recht von dem der Römer getrennt gehalten, diese lebten weiter nach römischem Recht, wobei

---

1) C o n r a d , aaO., S.119 f.

2) Karl N e u m e y e r , Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus. Erstes Stück: Die Geltung der Stammesrechte in Italien.

3) C o n r a d , aaO., S.103.

4) C o n r a d , aaO., S.223.

die Abgrenzung durch das langobardische Recht als dem übergeordneten erfolgte[1].

Durch die fränkische Eroberung trat an die Stelle der Gesetzgebungsgewalt der langobardischen, die der fränkischen Könige[2]. Diese machten von ihrem Recht dahin Gebrauch, daß sie das langobardische Recht weiter bestehen ließen, jetzt aber als Recht der langobardischen Volksgruppe im Königreich Italien, d.h. dem römischen Recht gleichgeordnet[3]; ganz allgemein wurde aber das langobardische Recht weiterhin als Recht des Landes angesehen, die Capitularien als Anhang zu den langobardischen Gesetzen aufgeführt[4]. Daraus ergab sich eine Verschmelzung von Capitularien und langobardischem Recht, die schließlich dazu führte, daß die ursprünglich vorrangigen fränkischen Gesetze dem langobardischen Recht gleichrangig erachtet wurden[5].

Als dritte Gruppe von Rechtsquellen, neben Stammesrecht und Königsrecht traten die "statuta" der autonomen Gemeinschaften auf, Rechtsquellen, die mit der Entstehung der Städte und deren wachsender Bedeutung zunehmend an Wichtigkeit gewannen, herrschte doch von Anfang an die Kollisionsnorm, daß das lokale Recht dem personalen vorgehe[6].

---

1) N e u m e y e r , aaO., S.24 ff. und S.55 ff.

2) Auf Grund dieses Rechts wurden eigene "Capitula per Italiam" erlassen, s. dazu C o n r a d , aaO., S.135; N e u m e y e r , aaO., S.29 ff. mit Nachweisen.

3) N e u m e y e r , aaO., S.57 ff.

4) Schon im 10. Jahrhundert wurde die Gesamtheit aller in Italien geltenden Capitularien, das Capitulare Italicum mit dem Edikt der langobardischen Könige zum Liber Papiensis verbunden, s. dazu N e u m e y e r , S.34 ff.

5) Der Vorgang scheint im 11. Jahrhundert abgeschlossen zu sein, s. N e u m e y e r , aaO., S.35 f.

6) N e u m e y e r , aaO., S.169 ff.

Das System der persönlichen Rechte findet seine formale Grundlage in Gesetzgebungsakten, z.B. die erklären[1]: "quia omnino voluntas domini regis est, ut unusquisque homo suam legem pleniter habeat conservata (sic!)"[2], materiell aber in einem einheitlichen Rechtsbewußtsein, das von der Vorstellung ausgeht, ein Mensch lebe nach seinem Recht[3].

b) Daraus ergibt sich die Abgrenzung nach personalen Gesichtspunkten, das Recht eines Menschen ist das Recht der Gruppe, der er angehört. Die Grundnorm des "Stammesangehörigkeitsrechts" lautet: Die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer Gruppe bestimmt sich danach, von welchem Vater er abstammt[4], also: Der Sohn lebt nach dem Recht des Vaters[5]. Aber darüberhinaus haben sich weitere Abgrenzungsnormen entwickelt: Die Frau lebt nach dem Recht des Mannes[6], nach dessen Tod aber wiederum nach ihrem früheren Personalstatut[7], der Adoptivsohn nach dem Recht des natürlichen Vaters[8], der illicitus, der keinen Vater hat, an den man anknüpfen könnte, nach Ortsrecht[9]. Ein Freigelassener erwirbt das Recht des Freilassers, gehört er mehreren Herren, so erwirbt er deren sämtliche Rechte[10].

---

1) So z.B. ein Capitular Karls des Großen von 786 oder 792, zitiert nach N e u m e y e r , aaO., S.82.

2) Weitere Beispiele bei N e u m e y e r , aaO., S.82 ff.

3) "Gaidalfus qui professo (sic!) sum lege vivere Langobardorum" lautet die Formel der professio, N e u m e y e r , S.114. Zur philologischen Entwicklung vgl. N e u m e y e r , aaO., Fn.3. Für Karolus de Tocco ist das Stammesrecht "jus suum" im Sinne von D 1.1.10, s. N e u m e y e r , aaO., S.124 f. Zu den Grundgedanken des Systems s. N i e d e r e r , Einführung, S.29: "Die rechtlichen Bindungen waren dem einzelnen in die Wiege gelegt und bestimmten alle seine Verpflichtungen."

4) So sind die Welfen z.B. in Deutschland Schwaben, da dort an ihr Stammgut angeknüpft wird, in Italien aber Langobarden auf Grund ihrer Abstammung, vgl. N e u m e y e r, aaO., S.171 Fn.3 und 4.

5) N e u m e y e r , aaO., S.122.

6) d e r s . , aaO., S.122.

7) d e r s . , aaO., S.83

8) d e r s . , aaO., S.123

9) d e r s . , aaO., S.123.

10) d e r s . , aaO., S.122 f. Diese Abgrenzung führt zu Schwierigkeiten bei der Beerbung des Freigelassenen, vgl. dazu N e u m e y e r , aaO., S.125.

Von entscheidender Bedeutung für die Praxis ist die professio juris, die Aussage des am Rechtsgeschäft Beteiligten, nach dem Recht eines bestimmten Stammes zu leben[1].

Das Kollisionsrecht selbst ist nur in gewissen Randzonen problematisch, das Personalstatut beherrscht praktisch alles, Form und Möglichkeit der Veräußerung[2], testamentarische[3] und außertestamentarische Erbfolge[4], aber auch die Zeugen- und Eidesfähigkeit, wie Zeugnis- und Eidesformen[5], die Verjährung[6] und sogar die Beweislast für das Vorliegen von Allod[7]. Munterwerb über die Frau folgt dem Mannesrecht[8], ebenso die Notwendigkeit der Eheschenkung[9]; die Vormundschaft über die Frau und damit auch deren Geschäftsfähigkeit bestimmt sich aber nach dem Recht der Frau[10]. Bei der Eheschließung tritt Kumulation der Formen ein[11]. Die compositio wurde vom Recht des Verletzten geregelt[12], Unfreie und Minderfreie leben nach dem Recht der Herren[13].

---

1) N e u m e y e r , S.111 ff.

2) d e r s . , S.80 f., S.98,103,113. Bei einer Mehrheit von Veräußerungen tritt Kumulation ein, ein eindrucksvolles Beispiel gibt die bei N e u m e y e r , aaO., S.98, angeführte Urkunde aus dem Jahre 1085: "nos, Ermiza ... que professa sum ex natione mea lege vivere Romana et Ezilo qui professus sum ex natione mea vivere salica et Tiso et Gerardus ... et India mater et filii qui professi sumus nos ipsi germani ex natione nostra vivere salica et ego ipsa India que professa sum ex natione mea vivere langobarda ..." etc,
es handelt sich hier um eine Eigentumsübertragung schenkweise und so werden auch genau die Übertragungsformen der einzelnen Rechte eingehalten.

3) N e u m e y e r , aaO., S.87.

4) d e r s . , aaO., S.96,102 und 124.

5) d e r s . , S.87 und S.96.

6) d e r s . , aaO., S.122, insbes. S.124 ff.

7) d e r s . , S.103.

8) d e r s . , S.117.

9) d e r s . , S.104 und 117.

10) d e r s . , aaO., S.103.

11) d e r s . , aaO., S.104.

12) d e r s . , aaO., S.96.

13) d e r s . , aaO., S.83.

Das ganze System spielt aber nur zwischen den im fränkischen Reich vertretenen Völkerschaften. Römer und Langobarden, salische, ribuarische Franken, Alemannen, einige Baiern und Burgunder sind in den Urkunden vertreten, aber kein Normanne, kein Westgote wurde einer Anwendung seines Rechts gewürdigt[1]. Die Rechtsbücher der Zeit führen die Gesetze dieser Stämme auf, andere werden nicht beachtet[2].

c) Reale und geistige Faktoren wirkten zusammen, um das Ende des Systems herbeizuführen. Die Stammeszugehörigkeit wird auf Grund des Zusammenlebens der Gruppen im gleichen Gebiet immer weniger als unterscheidendes Merkmal empfunden[3], andererseits richtet die Rechtswissenschaft einen doppelten Angriff gegen die überkommene Praxis, wie gegen das langobardische Recht und damit die das System der persönlichen Rechte begründenden Kapitularien[4]. Der Gedanke taucht auf, daß es innerhalb eines Herrschaftsgebiets nur ein Recht geben dürfe[5].

Die Stadtrechte beginnen mit dem Abbau der persönlichen Rechte, im Laufe des 11. Jahrhunderts wird es allgemein beseitigt[6].

---

1) N e u m e y e r , aaO., S.85 ff. Normannen, die in den Urkunden ausdrücklich als solche bezeichnet werden, werden dem fränkischen Recht unterworfen, aaO., S.86 f.

2) So enthält ein 837 erwähnter liber legum das salische, ribuarische, langobardische, alemannische und bairische Recht.

3) Bei den Beteiligten selbst wird das Bewußtsein der Zugehörigkeit zu einem Stamm abgeschwächt. In einer Urkunde von 1205 heißt es: "ex natione sua salicus sicut credebat", N e u m e y e r , aaO., S.115.

4) Das nichtrömische Recht wird von den Romanisten mit den gröbsten Ausdrücken als unrichtiges und damit nicht geltendes Recht bezeichnet, N e u m e y e r , aaO., S.36 ff. und S.60 ff.

5) "aut unum esse jus, cum unum sit imperium, aut si multa diversaque jura sunt, multa superesse regna" heißt es in den Questiones de iuris subtilitatibus", s. N e u m e y e r , aaO., S.144.

6) N e u m e y e r , S.143 ff.

Das System der persönlichen Rechte kann also wie folgt zusammengefaßt werden:

(1) Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl fallen zusammen.

(2) Zugehörigkeit zur Gruppe und Grenznorm fallen ebenfalls zusammen, die Grenze wird personal, nicht territorial gezogen,

(3) Soweit Rechtsbeziehungen zwischen Angehörigen verschiedener Gruppen in Frage stehen, tritt Kumulation ihrer Rechte ein, in ganz wenigen Fällen, wenn jemand "in den Blutsverband eines anderen Volkes eindrang"[1], hatte das Recht des einen Beteiligten den Vorrang.

II. Die Statutenlehre

1. Die tatsächlichen Grundlagen

Das Erbe der Stammesrechte traten die autonomen Städte an, deren Rechtssätze, die "statuta" einer ganzen Epoche von Lehrmeinungen den Namen gaben. Die Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit diesen Fragen hat ihren Grund in der Vielzahl der Probleme, die sich aus dem Nebeneinander dieser Stadtrechte in einem Gebiet und in einer Zeit hochgradig verdichteter Handels- und Wirtschaftsbeziehungen ergaben. Insoweit war die Lage ähnlich der im alten Griechenland und es scheinen auch die gleichen Fragen gestellt, diesmal aber anders beantwortet zu sein. Die Rechtslehre, der diese Fragen aufgegeben wurden, war die an der Praxis orientierte Lehre der Konsiliatoren, die, gestützt auf die Glosse, und die scholastische Methode, in der Kodifikation Justinians einen ungeheuren Topoischatz fanden[2].

Der Praxis[3] hatte sich die Frage nach den Grenzen der Statuten nicht von vornherein gestellt. Ähnlich wie im alten

---

1) N i e d e r e r , Einführung, S.29.

2) Zu den geistigen Grundlagen und zur Methode dieser Schule s. W i e a c k e r , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.26 ff.

3) Eine Darstellung im einzelnen findet sich bei Karl N e u m e y e r , Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, Zweites Stück: Die gemeinrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts.

Griechenland wurde es als Privileg erachtet und bedurfte grundsätzlich eines Vertrages zwischen den Gemeinschaften, wenn ein Fremder überhaupt der lex fori teilhaftig wurde und vor dem Gericht der anderen Gemeinschaft sein Recht suchen konnte[1]. Andererseits wird die Selbstverständlichkeit der Anwendung der lex fori auf den Fremden, soweit sie sich zu dessen Lasten auswirkt, nur unter einem materiellrechtlichen Gesichtspunkt fraglich, wenn es nämlich darum geht, wieweit der Fremde wegen eines Verstoßes gegen ein Statut bestraft werden kann, und er sich auf Unkenntnis beruft[2]. In der nächsten Stufe beginnen die Städte ausdrücklich ihre Bürger dem Stadtrecht zu unterwerfen, auch wenn diese außerhalb des Stadtgebiets verweilen[3]. Als Kehrseite der extraterritorialen Ausdehnung tritt die Beschränkung der lex fori auf die eigenen Bürger auf[4]. Die Anwendung fremden Rechts, wie die Anerkennung fremder Hoheitsakte bedurfte aber eines Vertrags zwischen den beteiligten Gemeinden[5].

2. An dieser Stelle griff nun die Wissenschaft ein. Die Erörterung der Grundfragen soll am Beispiel ihrer prominentesten Vertreter dargestellt werden[6].

---

1) N e u m e y e r , aaO., S.3 ff. Diese Verträge enthalten alle die gleiche Regelung: Wer einen Anspruch gegen den Bürger der anderen Gemeinde behauptet, soll vor dem Gericht des Wohnsitzes des Beklagten klagen können. Dieses Gericht entscheidet nach der lex fori. Ausnahmsweise wird das fremde Recht zum Zwecke der Retorsion berücksichtigt.

2) Die Constitutiones Siculae von 1231 schreiben daher vor: "et ut ignorantiam simulare non possint (Scil.: die Fremden) statim per officiales nostros cum regnum intraverint, ipsis volumus haec exponi." (N e u m e y e r , aaO., S.26 f.).

3) N e u m e y e r , aaO., S.41 ff.

4) d e r s . , aaO., S.47 f.

5) d e r s . , aaO., S.49 ff.

6) Die Entwicklung der kanonistischen und legistischen Doktrin bis Bartolus wird von N e u m e y e r , aaO., S. 57 ff. dargestellt.

a) B a r t o l u s und B a l d u s [1]

Von zwei Fragen geht ihre Untersuchung aus[2]:

"1. Utrum statutum porrigatur ad non subditos?[3]

2. Utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium?"

Es geht ihnen also nur um die Wirkung von "statuta". Die Beispiele handeln daher von Perugia und Florenz[4], von Venedig[5], von Francia und Lombardia[6]. Über diese statuta legt sich wie ein Dach das Recht des Kaisers und des Papstes, des Corpus Juris Civilis und des Corpus Juris Canonici[7]. Die statuta können als leges speciales den Vor-

---

1) Die Ausführungen des B a r t o l u s und des B a l d u s finden sich bei M e i l i , "Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat- und Strafrecht", in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd.IV (1894) und zwar
B a r t o l u s (nach: Bartoli in primam Codicis partem Commentaria, Augustae Taurinorum apud Nicolaum Bevilaquam 1574, Nr.14 bis 51) auf S.258 ff., 340 ff., 446 ff.;
B a l d u s (nach: In primum, secundum et tertium Cod. Lib. Comm., Venetiis 1586, ad librum primum Codicis, Nr.57 bis 103) auf S.455 ff.

2) B a r t o l u s , vor Nr.14. Bei B a l d u s findet sich die Fragestellung nicht ausdrücklich, in der Sache bleibt sie aber die gleiche.

3) Daß die bei M e i l i , aaO., S.262 angeführte Frage: "utrum statutum porrigatur extra territorium ad non subditos?" auf einer fehlerhaften Textüberlieferung beruht, weist G a m i l l s c h e g (Der Einfluß Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, S.54 Note 2) überzeugend nach.

4) B a r t o l u s Nr.19.

5) d e r s . , Nr.21.

6) d e r s . , Nr.85.

7) Vgl. B a r t o l u s Nr.28 und 29 über die Frage: "Utrum statuta et consuetudines laicorum ligent clericos, et debeant servari in curia episcopali?"
Die Lösung erfolgt über den Liber Extra, den Novellae und einer Stelle aus Hostiensis. B a r t o l u s faßt das Verhältnis von kirchlichem und weltlichem Recht also als Frage des Normengrenzrechts zwischen zwei verschiedenen Gemeinschaften auf, so heute auch S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Hans Liermann, S.222 f.

rang haben vor dem Gemeinen Recht[1], sie können aber auch ungültig sein, weil sie gegen das Gemeine Recht verstoßen[2]. Ob sie über den lokalen Bereich hinauswirken, die "non-subditos" verpflichten, ergibt sich aus dem übergeordneten Recht des Reiches und der Kirche oder aus dem Zweck des Statuts, den es sich selbst beilegt - und nach dem übergeordneten Recht beilegen darf[3].

---

1) So folgert B a r t o l u s (Nr.20), daß ein Statut etwas verbieten könne, das nach dem Gemeinen Recht erlaubt sei. Ein solches Statut wirke aber nicht gegen einen Fremden, der noch nicht lange in seinem Geltungsbereich verweile und es daher nicht kennen müsse.

2) In Nr.22 und 23 prüft B a r t o l u s , ob ein "statutum vel consuetudo Venetiis", das die Errichtung eines Testaments in Gegenwart von nur zwei oder drei Zeugen zuläßt, rechtswirksam ist (an ... valeat). Er bejaht dies, nachdem er 18 Stellen aus Codex und Digesten, sowie eine Glosse des C i n u s angeführt hat, mit der Begründung, die Regel des Gemeinen Rechts (C 6.23.21) sei nach den angeführten Beispielen in einer Reihe von Fällen durchbrochen, sie verbiete also Ausnahmen nicht. B a l d u s erörtert in Nr.63 bis 71 umfänglich, ob ein Statut gültig sei, das dem Vater erlaube, einen "spurius" zum Erben einzusetzen, obwohl hier ein Reservat des Kaisers vorliege. Am Ende (Nr.71) verneint er die Geltung eines solchen Statuts. (Die weitere Prüfung in Nr.72, ob dieses Statut über die Grenzen der Gemeinschaft hinaus wirke, erfolgt "praesupposito quod valeret statutum".)

3) So fragt B a r t o l u s in Nr.27, welches Recht die Frage regele, wie hoch ein Haus gebaut werden dürfe. Er kommt zum Recht des Ortes der Belegenheit, nicht etwa, indem er einen Grundsatz der lex rei sitae annimmt, sondern durch Berufung auf C 8.10.3 und D 8.4.13.1. Die berühmte Quaestio anglica (Nr.42 und 43) löst er dagegen nach dem Geltungswillen des Statuts, ob es die Erbfolge der Sachen oder der Personen regeln wolle.

Daraus ergibt sich, daß für B a r t o l u s und B a l d u s das Gemeine Recht wirklich ein echtes, übergeordnetes Normengrenzrecht ist, das die Statuten abgrenzt. Diese These wird dadurch erhärtet, daß das Gemeine Recht für sie grundsätzlich unbegrenzt zu sein scheint[1]. Die andersartige Situation der Anwendung des Rechts einer Gemeinschaft, die nicht zum Heiligen Römischen Reich gehört, wird ihnen nur ganz am Rande bewußt[2].

---

1) Sowohl Glossatoren wie Kommentatoren lebten in der Vorstellung, das kaiserliche Recht sei Weltrecht. Dieser Gedanke wurde aber nirgends folgerichtig durchgeführt, vielmehr nahm man zur Kenntnis, daß es faktisch Menschen gab, die dem Kaiser nicht gehorchten.
Zu diesem Fragenkreis s. K r č m a ř in der Festschrift zur Hundertjahrfeier des ABGB Bd.II, S.153 ff. und M e i j e r s , RdC Bd.49 (1934 III), S.625 ff.
Daß B a r t o l u s von der, wenn auch beschränkten, Hegemonie des Kaisers ausging weist nach M. D a v i d , Le contenu de l'hégémonie impériale dans la doctrine de Bartole (in Bartolo da Sassoferrato, Studi e documenti per il VI Centennario, Bd.II, S.199 ff.). Allgemein zur Theorie der Konsiliatoren über die Souveränität s. R e i b s t e i n , Völkerrecht I, S.149 ff.

2) An einer Stelle wird B a r t o l u s die Grenze des Heiligen Römischen Reiches bewußt. Sie findet sich im Kommentar zu D 28.1.13 (zitiert nach M e i j e r s , aaO., S.627 Fn.2) und lautet:
"Quero legatus qui est in legatione apud hostes qualiter testabitur?
Videtur quod secundum consuetudinem loci ubi fit testamentum ... illud verum quando fieret in solo Romano vel in loco qui est subditus populo Romano quia tunc debeat facere secundum eorum consuetudinem quia consuetudines vel statuta illius loci sunt approbata a jure Romano. Sed quando fit apud alios extraneos ut apud hostes tunc non debet fieri secundum statuta illorum sed secundum consuetudinem suae civitatis quia debent servari jura nostra et solennitates nostrae per hanc legem."
Anderer Ansicht ist B a l d u s , der gefragt wird, ob das in Babylon nach dortigem Recht geschriebene Testament eines Kaufmannes aus Ancona gültig sei. Er wendet nicht das tatsächlich in Babylon geltende Recht an, sondern hält das Testament dann für gültig, wenn es dem jus gentium oder dem kanonischen Recht entspreche, "nam istud jus gentium est bonum et aequum, ergo servandum et quia potius debemus servare jus canonicum quam jus civile quia canonicum inhaeret juri divino et sub lege divina sunt omnes populi et nationes sed jus imperatoris non viget ubique locorum" (zitiert bei M e i j e r s , aaO., S.627). Das Problem wird also über die alte Vor-

Mit modernen Worten kann man sagen: B a r t o l u s und B a l d u s behandeln die Kollision von Normen innerhalb eines komplexen juristischen Systems, also eine Situation, die mit der des heutigen Internationalen Privatrechts nicht vergleichbar ist.

b) D u m o u l i n [1]

D u m o u l i n bleibt im gleichen Rahmen, mag er auch die Methoden verfeinern. Die Ergebnisse werden aus dem römischen Recht gewonnen, und dort, wo er von seinen Vorgängern abweicht, wirft er ihnen vor, das Gemeine Recht zu verkennen[2]. Den Geltungsbereich der Statuten beschränkt er noch mehr als seine Vorgänger[3], das fremde Recht interessiert ihn kaum[4].

---

stellung des jus gentium gelöst, als des Rechts, "quod naturalis ratio inter omnes homines constituit" (I 1. 2.1.). Dabei handelt es sich um eine praesumtion (oder gar Fiktion) der Identität zwischen eigenem und fremdem Recht die auch modernen Rechten nicht unbekannt ist: "Quia cum non appareat que forma ibi requiratur presumo quod ibi servetur jus gentium tanquam generale et aequissimum" (M e i j e r s , aaO., Fn.3).

1) Text der "Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus" aus dem "Commentarius in Codicem" (Hannoviae 1604) bei M e i l i : "Argentraeus und Molinaeus und ihre Bedeutung im internationalen Privat- und Strafrecht, Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd.V, (1895), S.554 ff.
Zu D u m o u l i n im allgemeinen: G a m i l l s c h e g , Der Einfluß D u m o u l i n s auf die Entwicklung des Kollisionsrechts.

2) So greift er die überkommene Lehre an, daß für die Verträge die lex loci contractus gelte und wirft ihr vor, D 21.2.5 mißzuverstehen, "quia putant ruditer et indistincte", "non percipientes mentem dictae legis".

3) "Statutum non oportet ius commune prohibitivum et negativum corrigere extra proprium territorium" (zitiert bei M e i j e r s , aaO., S.647 Fn.1).

4) Als er sich in einem Fall mit Recht außerhalb des Gemeinen Rechts zu befassen hat, meint er: "statuta et consuetudines terrae hostilis habentur pro nullis". Als Beispiel nennt er die Türken (G a m i l l s c h e g , aaO., S.22).

c) D ' A r g e n t r é [1]

Er geht von einem anderen Problem aus. Das zeigt sich augenfällig daran, daß sich seine Darlegungen nicht, wie üblich, in einer Kommentierung von C 1.1.1. finden. Er beschäftigt sich mit der Coutume der Bretagne und geht von der Frage aus, ob sich eine bestimmte Vorschrift dieser Coutume auch auf Grundstücke außerhalb des bretonischen Gebiets erstrecke[2]. Er bleibt dann allerdings nicht bei der konkreten Frage stehen, sondern bringt eine allgemeine Abhandlung über die Reichweite der Statuten, wobei er sich scharf mit der früheren Lehre auseinandersetzt und betont, er stelle die Praxis dar[3]. Daher prüft er auch im einzelnen

---

1) Text der "Commentarii in patriae britonum leges seu consuetudines antiquissimi ducatus britanniae, Gl.6 sqq. ad art. 218" nach der 8., verbesserten Aufl. (Antwerpiae 1664) bei M e i l i , aaO., S.371 ff. und 452 ff. Allgemeine Ausführungen über den historischen und geistesgeschichtlichen Hintergrund bei N i e d e r e r , Einführung, S.45 ff.

2) Art.218 der bretonischen Coutume bestimmte: "toute personne pourvue de sens peut donner le tiers de son héritage à autre qu'à ses hoirs". D'Argentré fragt nun (Nr.1): "... an in ineunda hac bonorum quota, bona quoque ea, quae extra fines Britanniae donator habuit, sub diversis provinciis et statutis, in computationem veniant bonorum, ita ut donatarius habeat tertio de toto donatoris patrimonio, ubicumque locorum situm sit?"

3) Nr.1: "Quare omissis omnibus omnium opinationibus, nisi si quae cum usu congruunt, receptissima tribunalibus et foro trademus."

wieweit bestimmte Regeln des bretonischen Rechts über das Gebiet der Bretagne hinauswirken[1]. Die Antwort auf seine Fragen findet er aber wiederum im Gemeinen Recht, so daß die allgemeinen Ausführungen über den territorialen und personalen Charakter von Statuten als Kommentierung des Gemeinen Rechts erscheinen[2].

Kennzeichen der Statutenlehre ist:
Die Verbindung von Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl; die von dem übergeordneten Recht her begrenzte Norm ist innerhalb ihrer Grenzen von jedem Richter des komplexen Systems anzuwenden.

---

1) Ab Nr.23.

2) So beweist er seine These, daß die statuta realia et mixta nur innerhalb ihres Gebiets wirken können, mit einer Reihe von Stellen aus Corpus Juris Civilis und Corpus Juris Canonici (Nr.9), erst dann fügt er noch, gleichsam ergänzend eine allgemeine These über das Wesen des Gebiets hinzu (Nr.12). Weiter führt er zwar zuerst an, daß aus der Beweglichkeit der Person die extraterritoriale Wirkung der statuta personalia folge (Nr.12), belegt aber dann seine Behauptung, ein infamierendes Statut des Domizils erreiche eine Person überall, mit einer Reihe von Zitaten (Nr.12). Trotzdem war für d ' A r g e n t r é die Autorität des römischen Rechts geringer geworden, er begnügt sich nicht mehr mit Zitaten allein, sondern versucht zusätzlich noch eine Begründung für seine Lösungen zu finden. Dabei kommt er zu Formulierungen, die bereits den von der Souveränität ausgehenden Thesen der niederländischen Schule entsprechen (M e i j e r s , aaO., S.651 f.). Von den Niederländern trennt ihn aber ein entscheidender Gedanke: Die extraterritoriale Wirkung des statutum personale ist für ihn völlig unproblematisch. Den Gedanken der Souveränität hat er also nicht zu Ende gedacht. So steht er zwischen den Zeiten (s. dazu K o l l e w i j n , Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het internationaal privaatrecht tot 1880, S.56 ff.).

Vom System der persönlichen Rechte unterscheidet sie sich:

(1) Zugehörigkeit zur Gemeinschaft und Grenze des Rechts fallen nicht mehr zusammen, es gibt Normen mit territorialer Grenze, die auch den nicht der Gemeinschaft angehörenden erfassen.

(2) Die Abgrenzung ist aber aus dem übergeordneten Recht des Reiches und der Kirche so eindeutig zu gewinnen, daß jede Rechtsbeziehung nur von einem Recht erfaßt werden kann. Eine Kumulation kann also nicht auftreten, eine Normenlücke auch nicht, da in diesem Falle das Gemeine Recht subsidiär eingreifen würde.

Die zentralen Probleme des modernen Internationalen Privatrechts stellen sich nicht. Da kein Rechtssatz unabhängig von seiner Begrenzung angewendet wird und im Falle einer Lücke zwischen den Statuten immer ein subsidiäres Recht vorhanden ist, besteht keine Veranlassung, die Renvoi-Frage aufzuwerfen; da die Abgrenzung vom übergeordneten Recht her vorgenommen wird, reduziert sich das Qualifikationsproblem auf einfache Auslegungsfragen.

§ 9
Die Comitas-Lehre

I. Die Niederländische Schule

Mit der Niederländischen Schule beginnt die Neuzeit des Internationalen Privatrechts.
Die Niederlande hatten im 16. Jahrhundert den Kampf um ihre Unabhängigkeit siegreich beendet und daraus ein starkes Empfinden für ihre Unabhängigkeit und Freiheit gewonnen. Andererseits waren sie ein Handelsstaat, damit fremdem Wesen von vornherein aufgeschlossen und außenpolitisch interessiert, unnötige Konflikte mit anderen Staaten zu vermeiden[1]. Der Westfälische Friede hatte die Niederlande auch formal aus dem Reich entlassen, so daß das Gemeine Recht ratione imperii seine Wirkung verloren hatte[2]. Damit war das gemeinsame Dach für die Partikularrechte entfallen und den Juristen ein Reservoir von Argumenten genommen, sie mußten das Problem der Abgrenzung ihres und der Anwendung fremden Rechts mit völlig neuen Gesichtspunkten angehen.

1) Christiaan R o d e n b u r g [3] war der erste, dem sich die neue Fragestellung aufdrängte. Er schrieb ein Buch über Eherecht[4] und prüfte in diesem Zusammenhang, welches Recht

---

1) Der geistige und politische Hintergrund der Niederländischen Schule wird dargestellt von Y n t e m a in der Festschrift für D ö l l e , Bd.II, S.65 ff. insbes. S.72 ff.

2) S. dazu Art.3 Abs.II Instrumenti Pacis Monasteriensis. Daher beginnt Ulricus H u b e r seine Abhandlung: De conflictu legum (s. unten S. 138, Fn. 5) mit den Worten: "Posteaquam dissipatis imperii Romani provinciis, divisus est orbis Christianus in populos fere innumeros, sibi muto non subjectos, nec eiusdem ordinis imperandi parendique consortes."

3) Über ihn s. K o l l e w i j n , aaO., S.52.

4) De Jure Coniugum, Utrecht 1653. Das Buch ist nicht vollendet worden.

an verschiedenen Orten die Rechtsbeziehungen der Ehegatten regiere[1]. Er beginnt mit allgemeinen Darlegungen über die Statutenkollision und weicht im Ergebnis nicht weit von der überkommenen Lehre ab[2]. Die Begründung ist aber entscheidend anders.

Wieso, fragt er, kamen die Alten dazu, zu behaupten, das statutum personale folge der Person überall hin, wenn doch kein Gesetzgeber von einem fremden Richter verlangen könne, daß er sein, also fremdes Recht anwende?[3]

Die Antwort ist radikal neu. Der fremde Richter sei von Rechts wegen gehalten, zwar nicht fremdes Recht anzuwenden, aber die Autorität des Wohnsitzrichters zu achten. Dieser sei der einzig zuständige Richter für die persönlichen Rechtsbeziehungen wie für den Status[4]. Auf Grund dieses

---

1) Die Abhandlung über das Kollisionsrecht befindet sich in der Einleitung des Werkes. Sie trägt den Titel: "De Jure Quod Oritur ex statutorum vel consuetudinum discrepantium conflictu. Quod Jus, cujusque loci, conjuges inter sit spectandum." (K o l l e w i j n , aaO., S.52).

2) K o l l e w i j n , aaO., S.54 f.

3) K o l l e w i j n , aaO., S.55.

4) Die entscheidende Stelle zitiert K o l l e w i j n , aaO., S.62, sie lautet:
"Proinde sit haec regula, perdere omnino officium in alterius iurisdictione alterius legislatoris statutum. Quid igitur rei causa est, quod personalia statuta territorium egrediantur? Unicum hoc ipsa rei natura ac necessitas invexit, ut, cum de statu ac conditione hominum quaeritur, uni solum modo iudici, et quidem domicilii, universum in illa ius sit attributum: cum enim ab uno certoque loco statum hominis legem accipere necesse esset, quod absurdum earumque rerum naturaliter inter se pugna foret, ut in quot loca quis iter faciens, aut navigans delatus fuerit, totidem ille statum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hic sui iuris, illic alieni futurus sit, uxor simul in potestate viri, et extra eandem sit, alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi; ac praeterea quod persona certo loco non affigeretur, cum res soli loco fixae incommodum ejusdem legibus subjaceant, summa providentia constitutum est, ut a loco domicilii, cui quis larem fovendo subdiderit, statum ac conditionem induat: illis legislatoribus, pro soli sui genio, optime omnium compertum habentibus, qua judicii maturitate polleant subditi, ut possint constituere, qui eorum ac quando ad sua tuenda negotia indigeant auctoritate."

Rechtssatzes könne der Mensch das Recht seines Domizils mitnehmen, wohin er auch gehe[1].

2) Paulus V o e t [2] ist der erste, der umfassend und eindeutig von der Souveränität ausgeht[3]. Er findet auch das Schlüsselwort für die weitere Diskussion: Wenn die Staaten fremdes Recht anwenden, dann tun sie dies nicht auf Grund einer Rechtspflicht, sondern "ex comitate"[4].

Der Richter dürfe fremdes Recht nur dann anwenden, wenn ihm sein eigener Gesetzgeber dies gebiete oder das Gewohnheitsrecht seines Landes eine solche Vorschrift enthalte[5]. Comitas bedeutet für Paulus V o e t also Unabhängigkeit nach außen, nicht aber Ermessensfreiheit des Richters. Inhaltlich sei comitas, was aequitas und humanitas gebieten[6].

---

1) "De quibus et consimilibus id juris est, ut quocunque se transtulerit persona ... habilitatem aut inhabilitatem adeptam domi, circumferat ubique, ut in universa territoria suum statutum exerceat effectum." (Zit. nach K o l l e w i j n , aaO., S.63).

2) Über ihn s. K o l l e w i j n , aaO., S.78.

3) "Quinimo uti civitas quae civitati non paret, alterius civitatis consuetudine non ligatur, aut expresse, aut tacite, ita statutum civitatis unius nec expresse nec tacite in ordine ad alteram vires exserere poterit." De statutis eorumque concursu liber singularis, Amsterdam 1661 (zit. nach K o l l e w i j n , S.83).

4) Nach K o l l e w i j n (S.83) ist er der erste, der diesen Terminus in diesem Zusammenhang verwendet.

5) K o l l e w i j n , S.84.

6) "Malim tamen, id ita obtinere, non tam de jure quam quidem de humanitate, dum populus vicini decreta populi comiter observaret, ut multorum evitetur confusio." Op. cit., zitiert nach K o l l e w i j n , aaO., S.85.

3) Johannes V o e t , der Sohn des Paulus[1], baut die Lehre seines Vaters aus. Er setzt sich vor allem mit R o d e n b u r g auseinander und versucht nachzuweisen, daß die "rei natura ac necessitas" nicht zur Anwendung fremden Rechts führen müsse[2]. Das tragende Prinzip sei die comitas. Aus ihr entwickelt er eine Reihe von Einzelregeln[3].

4) Die in ihrem Einfluß auf die weitere Entwicklung bedeutendste Gestalt ist aber Ulricus H u b e r [4]. Bei ihm wird die Topik zur Axiomatik, der Souveränitätsgedanke zum Axiom. Er baut seine ganze Lehre[5] auf drei von ihm selbst so bezeichnete "axiomata" auf[6]. damit ist der Bruch mit der

---

1) Über Johannes V o e t : K o l l e w i j n , aaO., S.109.

2) K o l l e w i j n , aaO., S.111.

3) Näher dargestellt bei K o l l e w i j n , aaO., S.112 ff.

4) Über Leben und Werk H u b e r s s. K o l l e w i j n , aaO., S.112 ff., über seine Grundlagen, V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm S.28 ff.

5) H u b e r hat seine Lehre in mehreren Werken niedergelegt. Ihre ausgewogenste Form fand sie in den "Praelectiones juris romani et hodierni", pars II liber I, titulus III, der überschrieben ist: "De conflictu legum diversarum in diversis imperiis". Dieser Titel ist wiedergegeben bei M e i l i in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd.VIII (1898), S.192 ff. M e i l i zitiert nach der editio quarta (Francoforti 1749).

6) Die axiomata lauten (nach M e i l i aaO., Nr.2, die Digestenstellen in der modernen Zitierweise):

"I. Leges cuiusque imperii vim habent intra terminos eiusdem reipublicae omnesque ei subiectos obligant, nec ultra, per D 2.1.20.

II. Pro subiectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos eiusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur, per D 48.22.7.10.

III. Rectores imperiorum id comiter agant, ut iura cuiusque populi intra terminos eius exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut iuri alterius imperantis eiusque civium praeiudicetur."

(In der niederländischen Ausgabe lautet der schillernde Ausdruck "comiter agere": "elkander de handt bieten", K o s t e r s - D u b b i n k , S.39.)

Statutentheorie endgültig vollzogen, obwohl H u b e r gleichsam als schmückendes Beiwerk seine axiomata mit den Digestenzitaten versieht[1], die in seiner ganzen Zeit als loci communes verwendet wurden, und obwohl er in den praktischen Ergebnissen nicht viel von der überkommenen Lehre abweicht.

H u b e r s Begriff der comitas ist nicht sehr klar. Aus seinen Darlegungen geht hervor, daß die Souveräne nicht völlig frei sind, vielmehr bestehe eine Pflicht[2], von der sie aber in bestimmten Ausnahmefällen abweichen dürfen[3].

---

1) H u b e r selbst hat seine Grundlagen so dargestellt: "... Regulae tamen fundamentales, secundum quas hüius rei iudicium regi debet, ex ipso iure Romano videntur esse petendae; quamquam ipsa quaestio magis ad ius gentium quam ad ius civile pertineat, quatenus quid diversi populi inter se servare debeant ad iuris gentium rationes pertinere manifestum est. ..." Dazu K o l l e w i jn aaO., S.140 f.: "Die beroep op het romeinse recht zal niemand in de waan brengen, dat H u b e r zijn grondregels werkelijk aan het corpus juris et niet aan de rechtsopvattingen van zijn eigen tijd zou hebben ontleend, maar het toont ons reeds dadelijk, dat ook hem voor het konfliktenrecht de schijn van romeinsrechtelijke steun nog welkom was."

2) Unmittelbar nach dem dritten Axiom fährt H u b e r fort: "Ex quo liquet hanc rem non ex simplici iure civili, sed ex commodis et tacito populorum consensu esse petendam." K o l l e w i j n (aaO., S.134 ff.) interpretiert diese Stelle dahin, daß H u b e r ein jus gentium annehmen will.

3) Nr.3 von H u b e r s Darlegungen enthält einen Kommentar zum dritten Axiom. Die entscheidsnde Stelle lautet: "Cuncta negotia et acta tam in iudicio quam extra iudicium, seu mortis causa seu inter vivos, secundum ius certi loci rite celebrata valent, etiam ubi diversa iuris observatio viget ac ubi sic inita, quemadmodum facta sunt, non valerent." Econtra negotia et acta certo loco contra leges eius loci celebrata, cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt; idque non modo respectu hominum, qui in loco contractus habent domicilium, sed et illorum "qui ad tempus ibidem commorantur." Sub hac tamen exceptione: si rectores alterius populi exinde notabili incommodo afficerentur, ut hi talibus actis atque negotiis usum effectumque dare non teneantur, secundum tertii axiomatis limitationem."

II. Die Comity im englischen Recht

Von der niederländischen Schule ging ein entscheidender Einfluß auf das englische Recht aus, der dazu führte, daß ihr Grundbegriff noch heute von Bedeutung ist.

1) In England war die Entwicklung anders abgelaufen, als auf dem Kontinent[1].

a) Bis zum 17. Jahrhundert galt der Grundsatz, Fälle mit Auslandsbeziehungen seien "not triable'at the Common Law'"[2]. Ursache für diese Beschränkung war das System der "jury", denn die "jurors" mußten Männer sein, die über das im Prozeß befangene Geschehen aus eigener Kenntnis urteilen konnten, mit anderen Worten, Nachbarn dieses Geschehens waren. Das war darum unerläßlich, weil der Zeugenbeweis unbekannt war. Diese Kenntnis der jurors konnte bei Vorgängen im Ausland nicht gegeben sein[3].

b) Dagegen war die Gerichtsbarkeit des "Court of Admiralty" geradezu auf "foreign causes" beschränkt, er hatte nach einem statute von 1575 "cognition of all contracts and other things rising as well beyond as upon the sea"[4]. Das Recht, das er anwendete, war aber nicht das Common Law, sondern das Law Merchant, ein Sonderrecht, das seinerseits in Maritime und Commercial Law zerfiel und stark vom römischen

---

1) Zu dem Folgenden grundlegend: Alexander Naoum S a c k , Conflict of Laws in the History of English Law: Law A Century of Progress 1835-1935, Bd.3, S.342 ff. zitiert nach dem Sammelwerk: Selected Readings on the Conflict of Laws, S.1 ff.

2) S a c k , aaO., S.2.

3) d e r s ., aaO.,S.3 f.

4) d e r s . , aaO., S.7 f.

Recht beeinflußt war[1]. Die Anwendung fremden Rechts war auch vor diesem Gerichtshof ausgeschlossen, da keine Normenlücke vorlag. Die Abgrenzung der Zuständigkeit zu den Common Law Gerichten war allerdings nicht geklärt, so daß es zu heftigen Konflikten kam[2].

c) Eine Erweiterung der Zuständigkeit der Common Law Gerichte konnte erst in dem Augenblick erfolgen, in dem der Beweis durch Zeugen zugelassen wurde. Das geschah durch ein statute von 1562[3]. Aber auch danach wurde den Gerichten das Phänomen der Normenlücke nicht bewußt, die Ausdehnung der Zuständigkeit erfolgte nur sehr behutsam[4]. Für den Fall der im Ausland begründeten Schuldverhältnisse bedurften die Common Law Gerichte zur Begründung ihrer Zuständigkeit noch der Fiktion, der (in Wahrheit ausländische) Ort, an dem die Obligation entstand, liege in England[5].

d) Erst im 17. Jahrhundert wurde den Common Law Gerichten das Phänomen der Normenlücke bewußt. Aber auch zu dieser Zeit waren sie noch nicht bereit, die Lücke durch Anwendung fremden Rechts auszufüllen. Vielmehr zogen sie zur Ausfüllung der Lücke das Law Merchant heran, das sie als "Law of Nations" im Sinne eines jus gentium verstanden. Dadurch

---

1) Zum Law Merchant s. H o l d s w o r t h , A History of English Law, Bd.I, S.526 ff.
Im Rahmen dieses Rechts stellte sich aber bereits das Problem der Anknüpfung an eine lokale Gewohnheit. So bestimmt die Carta Mercatoria von 1303:
"Et si forsan supra contractum hujusmodi contentio oriatur, fiat inde probatio vel inquisitio, secundum usus et consuetudinem feriarum et villarum mercatoriarum ubi dictum contractum fieri contigerit et iniri."
(H o l d s w o r t h , aaO., S.543.)

2) Eine Darstellung dieser Konflikte gibt S a c k , aaO., S.8 f.

3) S a c k , aaO., S.9.

4) d e r s . , aaO., S.11 ff.

5) d e r s . , aaO., S.16 f.

wurde das Law Merchant zu einem Teil des Common Law, ebenso wie das Public International Law, das eigentliche Völkerrecht[1]. Ein anderer Weg war die großzügige Anerkennung ausländischer Urteile[2], wobei teilweise eine Verpflichtung kraft Völkerrechts angenommen wurde[3].

e) Mittlerweile sahen sich die Common Law Richter aber vor die Phänomene eines komplexen Systems gestellt. Im Jahre 1603 bestieg James IV. von Schottland als James I. den englischen Thron. England, Schottland und Irland waren in Personalunion vereinigt. 1608 zog die King's Bench daraus die Folgerungen, indem sie feststellte, daß jeder, der dem König "allegiance" schulde, als Inländer betrachtet werden müsse[4]. Damit war die juristische Klammer gezogen, die später das ganze Commonwealth verbinden sollte[5]. Da aber das Privatrecht der einzelnen Teile des Reichs nicht vereinheitlicht wurde, ergab sich eine Reihe von Normenkonflikten. Die Entscheidungen, die diese Konflikte zu bewältigen suchten, legten die ersten Grundlagen des englischen Internationalen Privatrechts[6].

---

1) S a c k , aaO., S.18 ff.

2) d e r s . , aaO., S.22 ff.

3) In Cottington's Case, 1688 (zitiert nach S a c k , aaO., S.23), kam es darauf an, ob eine Doppelehe vorlag, was wiederum von der Anerkennung einer Entscheidung des Erzbischofs von Turin abhing. Lord Chancellor Nottingham stellte dazu fest: "... it is against the law of nations not to give credit to the judgment and sentences of foreign countries, till they be reversed by the law, and according to the form, of these countries where they are given. For what right hath one kingdom to reverse the judgment of another? And how can we refuse to let a sentence take place till it be reversed? And what confusion would follow in Christendom, if they should serve us so abroad, and give not credit to our sentences?"

4) Calvin's Case, English Reports Bd.77, S.392 ff.

5) Zur Bedeutung dieser Entscheidung s. S c h m i t t h o f f, The English Conflict of Laws, S.25 f.

6) Näheres bei S c h m i t t h o f f , aaO., S.26 f.

2) Der Einfluß der Comitas-Lehre beginnt mit dem Jahre 1760. Die Parteien, zwei Engländer, stritten um eine Wettschuld, auf Grund einer in Frankreich geschlossenen Wette[1]. Das Wetten war zu dieser Zeit in Frankreich erlaubt, in England verboten. Lord Mansfield lehnte unter Berufung auf Ulricus H u b e r die Anwendung der lex loci contractus ab, weil die Parteien bei Abschluß des Vertrages nicht das französische, sondern das englische Recht im Sinne gehabt hätten[2]. Entscheidend wurde die Berufung auf H u b e r . Denn von diesem Zeitpunkt an ist er "leading authority" für die englischen Gerichte und bald auch für die der USA[3]. Joseph S t o r y [4] baut seine Lehre auf dem Grund der Comitas auf, er versucht auch eine Definition. Nachdem er festgestellt hat, daß ein jeder Staat frei darüber entscheiden könne, in welchen Fällen Gerichte fremdes Recht anzuwenden hätten[5] fährt er fort[6]:

> "The true foundation on which the administration of international law must rest is, that the rules which are to govern are those which arise from mutual

---

1) Robinson v. Bland, English Reports Bd.97, S.241.

2) Lord M a n s f i e l d stellt fest (aaO., S.243): "... the general rule established ex comitate et jure gentium is that the place where the contract is made, and not where the action is brought, is to be considered in expounding and enforcing the contract. But this rule admits of an exception where the parties at the time of making the contract had a view to a different kingdom." Dazu zitiert der Richter H u b e r s , De conflictu legum,No.12.

3) Eine Darstellung der Entwicklung findet sich bei L l e w e l y n D a v i e s , BYIL Bd.XVIII, 1937, S.49 ff.

4) Joseph S t o r y , Commentaries on the Conflict of Laws, zit. nach der 8.Aufl., Boston 1883.

5) AaO., S.32: "... every nation must be the final judge for itself not only of the nature and extent of the duty (scil. der Anwendung fremden Rechts), but of the occasions on which its exercise may justly be demanded."

6) S t o r y , aaO., S.32 f.

interest and utility, from a sense of the inconveniences which would result from a contrary doctrine, and from a sort of moral necessity to do justice in order that justice be done to us in return."

Diese Formel ist, mit kontinentalen Augen gesehen, unbestimmt, es läßt sich aus ihr allenfalls die negative Erkenntnis gewinnen, daß einerseits keine Rechtspflicht zur Anwendung fremden Rechts besteht, andereseits aber auch keine völlige Freiheit.

Das Merkmal der Unbestimmtheit ist dem Begriff der Comity bis heute geblieben. Trotzdem, oder vielleicht deswegen, hat er in der Rechtsprechung seinen Platz behalten, obwohl er in der Lehre abgelehnt wird[1].

Seine Bedeutung läßt sich nicht definieren[2], sondern nur darstellen:

---

1) Bei D i c e y - M o r r i s (S.7) lautet die Antwort auf die Frage: "Is or is not the enforcement of foreign law a matter of 'comity'?":
"It is clear that the motive for giving effect to, e.g., French law as regards a contract made and to be performed in France is not the desire to show courtesy to the French Republic, but the impossibillity of determining the rights of the parties to the contract justly if that law be ignored."
Ähnlich D i c e y - P a r r y (S.948) über die Comity als Grundlage der Anerkennung ausländischer Urteile. Ablehnend sprechen sich auch C h e s h i r e (S.5 und S.629) und G r a v e s o n (S.11) aus. In den USA kommt G o o d r i c h zu folgendem Urteil über die Comity (S.11):
"In one sense ist is an obscure means of stating a truism; in another, it is misleading because it involves an inference that a rule of the foreign law is applied as a matter of courtesy to the state whose law is referred to." Das Restatement lehnt in § 6 die Comity ausdrücklich ab. Auch von seiten der Völkerrechtslehre wird diese Konzeption angegriffen. L a u t e r p a c h t (Oppenheim-Lauterpacht, § 19 c, S.34) stellt fest: "English and American courts often refer to international comity in situations in which there ought to be more properly applied the term 'international law'."

2) John F o s t e r überprüft im Rahmen seiner Vorlesung vor der Académie de Droit International (RdC Bd.65,1938 III, S.395 ff.) die Verwendung des Begriffs "comity" und

(1) "Comity" ist einmal das Verhalten gegenüber einem anderen Staat auf Grund von Gegenseitigkeit. In dieser Bedeutung ist seine Rechtsqualität in den USA sogar gerichtlich erörtert worden. Im Jahre 1895 hatte der Supreme Court entschieden, französische Urteile brauchten in den USA nicht anerkannt zu werden, da es an der Gegenseitigkeit und damit an der "Comity" fehle[1]. 1926 wurden die Gerichte des Staates New York mit der gleichen Frage befaßt. Für sie kam es entscheidend auf die Rechtsnatur der Comity an, handelte es sich bei ihr nämlich um einen Rechtssatz, so konnten sie an die Entscheidung des Supreme Court gebunden sein. Dies wurde aber verneint, die Comity sei überhaupt keine Rechtsregel, "but ... a rule of practice, convenience and expediency"[2].

---

stellte fest, daß er in folgenden Bedeutungen vorkommt:
1. Comity = Internationales Privatrecht als wissenschaftliche Disziplin; (aaO., S.399)
2. Comity = courtoisie internationale (aaO., S.399 f.), als Gegensatz der völkerrechtlichen Pflicht;
3. Comity = die Ermessensfreiheit des Richters, der nicht durch ein Präjudiz oder durch ein Statut gebunden ist, bei der Entscheidung von Fällen mit Auslandsbeziehung (aaO., S.400);
4. Comity = Gegenseitigkeit, und zwar bezogen auf die Anwendung fremden Rechts ebenso wie auf die Anerkennung fremder Urteile (aaO., S.400 ff.).

F o s t e r selbst gibt folgende Bestimmung (aaO., S. 405 f.): "Le terme doit être limité à ce principe général qu'un État n'est pas seul dans le monde et qu'il doit agir avec justice pour qu'en retour on agisse avec justice à son égard."
Die im Text angegebenen Beispiele zeigen aber, daß sich auch in diesen Bestimmungen die Bedeutung des Begriffs "Comity" nicht erschöpft.

1) Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113.

2) Court of Appeals New York, Johnston v. Compagnie générale transatlantique, 152 NE 121.

(2) Im Imperial Chemical Industries-Fall[1] war der amerikanische Richter der Ansicht, er könne die englische Prozeßpartei zu einer in England vorzunehmenden Handlung verpflichten, weil die Möglichkeit bestünde, daß die englischen Gerichte sein Urteil aus Comity anerkennen würden[2]. Das englische Gericht, das mit dieser Frage dann befaßt wurde, war ebenfalls der Ansicht, es liege ein Fall der Comity, also keine Rechtspflicht vor, und lehnte die Anerkennung ab[3].

(3) Aus Comity hat ein fremder Staat das Recht, vor englischen und amerikanischen Gerichten als Kläger aufzutreten[4], daher kann dieses Recht einem nicht aner-

---

1) Der diesen Entscheidungen zugrunde liegende Sachverhalt ist unten S.[44] dargestellt.

2) District Court, S.D.N.Y., 1952, United States v. Imperial Chemical Industries Ltd., 105 F.Supp., S.215 ff. AaO., S.229: "Our power so to regulate is limited and depends upon jurisdiction in personam; the effectiveness of the exercise of that power depends upon the recognition which will be given to our judgment as a matter of comity by the courts of the foreign sovereign which has granted the patent in question."

3) Court of Appeals, British Nylon Spinners Ltd. v. Imperial Chemical Industries Ltd., (1952) 2 All ER 780.
Lord E v e r s h e d , MR, aaO., S.782: "... there is here a question of what is sometimes called the comity which subsists between civilized nations."

4) U.S. Supreme Court, Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398.
Richter H a r l a n für die Mehrheit, aaO., S.408 f.: "Under principles of comity governing this country's relations with other nations sovereign states are allowed to sue in the courts of the United States ..."
Das Gericht unterschied hier von Hilton v. Guyot, die Anerkennung des Right to sue sei nicht vom Nachweis der Gegenseitigkeit abhängig, hier liege ein Problem vor, das "more sensitive politically" sei. AaO., S.412: "Re-examination of judgments, in principle, reduces rather than enhances the possibility of injustice being done in a particular case; refusal to allow suit makes it impossible for a court to see that a particular dispute is fairly resoved."

kannten Staat verweigert werden[1].

(4) Auch die Immunität fremder Staaten wird teilweise noch als Problem der Comity behandelt[2].

(5) Aus Comity gegenüber dem fremden Staat wird anerkannt, daß eine ausländische juristische Person Rechtssubjekt mit den ihr vom Personalstatut verliehenen "vires" auch in England ist[3].

---

1) Court of Appeals New York, Russian Socialist Federated Soviet Republic v. Cibrario, (1923) 139 NE 259: "Comity may be defined as that reciprocal courtesy which one member of the family of nations owes to the others ..."

2) Supreme Court New York, Ulen & Co. v. Bank Gospodarstwa Krajowego, 1940, AD 1938-40, Fall Nr.74: "Theoretically, ... the immunity of the domestic sovereign is a matter of right, while that of the foreign sovereign is a matter of favour granted voluntarily by the domestic government. But since the favour is reciprocal, the one immunity is, in practice, as obligatory upon the judicial branch as the other."
Im House of Lords zeigte sich im Christina-Fall (The Christina (1938) 3 B.I.L.C. 402, daß die Law-Lords in ihren Ansichten über den Rechtsgrund der Immunität nicht übereinstimmten. Lord W r i g h t meinte (aaO., S.411): "This is sometimes said to flow from international comity and courtesy, but may now more properly be regarded as a rule of international law, accepted among the community of nations."
Seine Ansicht teilten Lord A t k i n (aaO., S.405 f.) und Lord T h a n k e r t o n (aaO., S.407). Dagegen stellten sich Lord M a c m i l l a n (aaO., S.409) und Lord M a u g h a m (aaO., S.419).

3) House of Lords, National Bank of Greece and Athens S.A. v. Metliss, (1957) 3 All ER S. 608.
Viscount S i m o n d s über die Anerkennung der Schöpfung einer neuen juristischen Person durch Fusion auf Grund Gesetzes: (aaO., S.612): " ... it has become a matter of comity to recognise them except in so far as they are in conflict with the positive law of the country where it is sought to give effect to them."
S. weiter die Entscheidung des High Court of Northern Ireland im Falle In re Frampton, ILR Bd.27, S.19 ff. Lord M a c D e r m o t t , Lord Chief Justice, aaO., S.21: "As a matter of comity between friendly states, and subject to such local laws/98 may produce a different result, a foreign corporation is allowed to carry on business in this jurisdiction on the strength of the powers conferred by its home state ..."

(6) Aus Comity verweigern englische Gerichte einem Vertrag die Durchsetzung, dessen Erfüllung das Recht eines befreundeten Staates verletzen würde[1].

(7) Ein Gericht der USA erklärt, es würde gegen die Comity verstoßen, wenn es einem kanadischen Einbürgerungsakt die Anerkennung versagen würde[2].

(8) Das House of Lords erklärte, die Zustellung der Klage außerhalb des englischen Territoriums verstoße grundsätzlich gegen die Comity, es ließ aber im konkreten Fall gleichwohl diese Zustellung zu[3].

---

1) House of Lords, Regazzoni v. K.C. Sethia Ltd. (1957) 3 All ER 286 (nähere Darstellung des Falles unten S.471f). Viscount S i m o n d s , aaO., S.290: "It is ... nothing else than comity which has influenced our courts to refuse as a matter of public policy to enforce, or to award damages for the breach of, a contract which involves the violation of foreign law on foreign soil, ..."

2) U.S. Court of Appeals, 9 th Circuit, Mc Kay v. Mc Alexander, ILR Bd.28, S.275 (Certiorari denied: 362 U.S. 961). AaO., S.276: "It would appear that considerations of comity and reciprocity would thus preclude American courts from entertaining a collateral attack upon a decree of naturalisation entered by a foreign court."

3) House of Lords, Vitkovice Horni a Hutni Tezirstvo v. Korner, (1951) 2 All ER 334. Lord R a d c l i f f e aaO., S.339: "Service (scil.: des writ of summons, Näheres unten S.474) out of the jurisdiction is, of course, an exceptional measure. The ordinary principles of international comity are invaded by permitting it, and that quite apart from the question whether judgment will, or will not, ultimately be given against the served."

Zusammenfassend läßt sich feststellen: In allen diesen Fällen wurde von den Richtern eine völkerrechtliche Pflicht verneint, teilweise sogar in ausgesprochener Antithese von Rechtspflicht und Comity. Von entscheidender Bedeutung für die weitere Betrachtung bleibt daher aber, daß der gesamte Grundgedanke der Comity entweder auf der Achtung vor der fremden Gemeinschaft, genauer: dem fremden Staat beruht, oder auf der Überlegung, die Gerechtigkeit würde durch einen Verstoß gegen diese Grundsätze verletzt.
Wer aber eine genauere Bestimmung versucht, scheitert an der Definition, die der Supreme Court der USA selbst der Comity gegeben hat: "neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other"[1].

---

1) U.S. Supreme Court, Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113/163 f., wiederholt in Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398/409.

III. Die Grundlagen der Comitas-Lehre

1. Die Comitas-Lehre beruht auf anderen rechtslogischen Grundlagen als die bisher entwickelten Grundsätze, mit denen die Statutentheorie versuchte, den durch die räumliche und persönliche Überschneidung von Rechtsnormen geschaffenen Problemen gerecht zu werden.
Im theoretisch reifsten Stadium, unter Ulricus H u b e r , stellt sich die Comitas-Lehre rechtslogisch so dar:

(1) Die Rechtsnorm ist territorial begrenzt und zwar
   (a) in ihrem Feld, sie kann keine Tatbestände regeln, die außerhalb des Gebiets des eigenen Staates eintreten;
   (b) in dem in ihr enthaltenen Rechtsanwendungsbefehl, der sich nur an die Organe der eigenen Gemeinschaft richten kann.

(2) Die Anwendung fremden Rechts erfolgt auf Grund eines von der Sachnorm getrennten Rechtsanwendungsbefehls.

(3) Das fremde Recht wird als Voraussetzung eines wohlerworbenen subjektiven Rechts oder eines Rechtsverhältnisses und daher niemals außerhalb ihres eigenen Umfangs angewendet.

2. Dieses System der perfekten Territorialität der Rechtsnorm korrespondiert der Ausbildung des modernen Flächenstaates[1]. Das ganze Mittelalter hindurch hatte man Herrschaft als eine personale Beziehung verstanden, als "Herrschaft über Leute", jetzt wird sie zur "Herrschaft über Land"[2].

a) In der Souveränitätslehre B o d i n s zeigt sich die Zusammenfassung der bisher als Vermögenswert verstandenen und daher aufteilbaren Hoheitsgewalt, das Staatselement der einheitlichen Staatsgewalt tritt ans Licht[3].

---

1) S. dazu V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.43 ff., mit umfassenden weiteren Nachweisen.

2) Der Vorgang ist im einzelnen dargestellt bei B r u n n e r , Land und Herrschaft.

3) Über ihn in diesem Zusammenhang: V o g e l , aaO., S. 51 ff.

b) Die Herrschaft über das Staatsvolk versteht B o d i n noch personal[1]. Man könnte annehmen, daß auch die Staatstheoretiker des Herrschaftsvertrages zur personalen Begrenzung der Herrschaft kommen mußten[2]. Das war aber nicht der Fall. Der Fremde, der in das Territorium kam, war "civis temporarius", in der Allegorie der Zeit schloß er einen befristeten Unterwerfungsvertrag mit dem Herrscher[3]. Andererseits kann H o b b e s die Herrschaft über den im Ausland weilenden Untertan nur auf einen stillschweigenden Vertrag zwischen den beteiligten Souveränen gründen[4].

Eingehend wurde die Frage, für wen eine Rechtsnorm überhaupt gelten könne, von Francisco S u a r e z untersucht[5]. Der spanische Gelehrte, dessen Studien über die Personalität von Territorialität der Gesetze zuerst das Kirchenrecht betrafen[6], geht von der Personalität des Gesetzes aus, es binde

---

1) V o g e l , aaO., S.53 f.

2) So ist z.B. für R o u s s e a u das Staatsgebiet nichts anderes als die Summe der von den Bürgern in den Staat eingebrachten Grundstücke; Du Contrat social, Livre I Chapt. IX: Du domaine réel.

3) Nachweis bei V o g e l , aaO., S.62 ff.

4) Thomas H o b b e s , Leviathan or the matter, forme & power of a common-wealth eclesiastical and civill, part 2 chapter 21:
"If the Soveraign Banish his Subject; during the Banishment he is not Subject. But he that is sent on a message, or hath leave to travell, is still Subject; but it is, by the Contract between Soverains, not by vertue of the covenant of Subjection. For whosoever entreth into anothers dominion, is Subject to all the Laws thereof; unlesse he have a privilege by the amity of the Soveraigns, or by special license."

5) Allgemein zu S u a r e z s. R e i b s t e i n , Völkerrecht I, S.313 ff.

6) S. dazu V o g e l , aaO., S.60 ff.

grundsätzlich nur die Unterworfenen[1]. Er findet aber drei Gründe, warum das Gesetz auch für den Fremden gelten müsse, der sich im Gebiet aufhalte:

(1) Die Geltung der Gesetze für den Fremden sei moralisch notwendig im Interesse einer geordneten Verwaltung[2];

(2) Jeder Regent hat notwendigerweise die Gewalt, den Staat selbst und die guten Sitten in ihm zu schützen[3].

(3) Der Fremde selbst ist verpflichtet sich den allgemeinen Sitten und Gesetzen des Gastlandes zu unterwerfen[4].

Die extraterritoriale Ausdehnung des Feldes einer Rechtsnorm bedarf für S u a r e z einer besonderen Begründung, die sich unter dem modernen Begriff des Schutzprinzips erfassen läßt[5].

Das Feld der Norm ist für S u a r e z also nicht streng territorial, wohl aber muß der von der Norm geregelte Sachverhalt einen Bezug zum Territorium haben[6].

---

1) De legibus ac Deo legislatore, Liber 3 capitulum 31, § 6: "Unaquaeque lex humana obligat omnes personas quae sunt partes illius communitatis pro qua lex fertur." S u a r e z bezieht sich dazu auf Röm. 3,19 und 1 Cor. 15,12.

2) S u a r e z , aaO., liber 3, capt. 33 § 3: "... ex parte causae finalis, quia ad bonam gubernationem provinciae, loci, seu territorii, est moraliter necessarium ut leges pro illo latae hanc vim habeant."

3) AaO.: "Secundo idem probatur ex parte causae efficientis, seu potestatis legislatoris, quia unusquisque gubernator reipublicae habet potestatem necessariam ad conservationem suae reipublicae, et ad ejus bonos mores tuendos; ergo habet potestatem ad ferendas leges quas omnes ibi morantes servare tenentur."

4) AaO., § 4: "Sicut is qui transfert domicilium in aliquem locum eo ipso vult obligari legibus loci permanenter; vel ex consequenti obligatur, etiamsi nolit; ita qui alicubi vult ad breve tempus morari, eo ipso vult, aut velle debet, subdi pro tunc regimini illius loci quoad ea quae ad generales mores et leges spectant."

5) AaO., capt. 32, § 8: "Scilicet legem non obligare extra territorium, nisi materia ejus respiciat bonum ispiusmet territorii, scilicet, ut vitetur injuria, aut nocumentum ejus, vel aliquid simile."

6) Zu dieser Konsequenz gelangt auch A g u i l a r N a v a r r o , Revista española de derecho internacional,

c) Die logische Konsequenz der Territorialität des Gesetzes, die Anwendung fremden Rechts innerhalb seiner territorialen Grenzen, wird aber von der zeitgenössischen Staatslehre nicht gezogen[1].

3. Als weiterer Fragenkreis interessiert, wie die Völkerrechtslehre die Grundfragen des Internationalen Privatrechts behandelte. Hier sollen die beiden Werke herausgegriffen werden, die auf die Staatenpraxis die allergrößte Wirkung ausgeübt haben: G r o t i u s ' De Jure Belli ac Pacis und V a t t e l s Le droit de gens ou principes de la loi naturelle[2].

a) G r o t i u s untersucht die allgemeinen Fragen im zweiten Buch, das sich mit den Gründen des Krieges befaßt. Daher ist eine abgeschlossene Theorie der hier interessierenden Fragen von ihm nicht zu erwarten.

Die das Staatsgebiet berührenden Probleme behandelt er im zweiten Kapitel des zweiten Buches: De his quae omnibus hominibus communiter competunt.
Eine allgemeine Theorie des Staatsgebietes entwickelt G r o t i u s nicht. Nur ein Ansatz dazu findet sich an den Stellen, wo er sich mit dem Recht der etablierten Staatsmacht befaßt, die natürliche Freiheit der Menschen auf einem bestimmten Teil der Erdoberfläche einzuschränken[3]. So könne sie das jus occupandi res mobiles aufheben[4], wie z.B.

1948, S.369 ff., hier S.392 f.: "En realidad, el pensamiento es éste: el problema 'pertenece' al territorio o queda fuera del territorio, o 'intra', o 'extra'."

1) S. dazu V o g e l , aaO., S.68 ff.

2) Der genaue Titel des Werkes lautet: "Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains." Zur Bedeutung V a t t e l s s. G u g g e n h e i m im Vorwort zur deutschen Ausgabe von V a t t e l s Werk in der Reihe Klassiker des Völkerrechts, Bd.3.

3) G r o t i u s , De Jure Belli ac Pacis, Liber II, Caput II: De his quae hominibus omnibus competunt, baut auf diesen Gegensatz auf, vgl. insbes. § XXII.

4) AaO., Caput III: De acquisitione originaria rerum; § V.

das Jagdrecht, das an sich als natürliches Recht allen Menschen zustehe[1]. Im übrigen befaßt er sich mit den Belastungen des Rechts am Staatsgebiet, woraus erhellt, daß er dieses Recht als Vollrecht ansieht, über das sich die Belastungen als Ausnahme legen. So erkennt er ein allgemeines Durchgangsrecht über das Gebiet eines anderen Staates an[2], wobei nur die durchgeführten Waren, nicht aber der durchreisende Fremde selbst besteuert werden dürften[3].

Fremde hätten das Recht, sich im Inland "valetudinis aut alia qua justa de causa" aufzuhalten[4], auch ein dauernder Aufenthalt dürfe den aus ihrer Heimat Vertriebenen nicht untersagt werden, wenn sie sich den Gesetzen des Gastlandes unterwürfen[5]. Dem Fremden, der sich zu Recht im Inland aufhalte, müsse in jedem Falle das Recht gewährt werden, alle zur Fristung seines Lebens notwendigen Handlungen vorzunehmen[6], er sei berechtigt zu kaufen[7], nicht aber zu verkaufen[8]. Für das Verhalten gegenüber dem Fremden kommt G r o t i u s zu einer Abstufung:

(1) Handlungen, die von Natur aus frei sind, müssen dem Fremden gestattet werden;

(2) Handlungen, die darüber hinausgehen, müssen nicht gestattet werden; werden sie aber gestattet, so dürfen sie den Angehörigen eines Volkes nicht willkürlich verweigert werden[9];

---

1) AaO., Caput II, § IV und V.

2) AaO., § XIII.

3) AaO., § XIV.

4) AaO., § XV.

5) AaO., § XVI: "Sed et perpetua habitatio his qui sedibus suis expulsi receptum quaerunt deneganda non est externis, dum et imperium quod est constitutum subeant, et quae alia ad vitandas seditiones sunt necessaria."

6) AaO., § XVIII: "... jus ... ad actus tales quibus ea comparantur, sine quibus vita commode duci nequit."

7) AaO., § XIX.

8) AaO., § XX.

9) AaO., § XXII: "Ex suppositione jus commune est ad actus quos populus aliquis externis promiscue permittit. Nam tunc si unus populus excludatur, ei fit injuria. Sic si externis alicubi venari piscari, aucupari, margaritas legere licet, si ex testamento capere, si res vendere,

(3) Freiheiten, die auf besonderen Privilegien beruhen, brauchen dagegen nicht allgemein gestattet zu werden[1].

Mit der Verwendung des Begriffs "fremd" fragt sich, wie G r o t i u s die einzelnen Gruppen voneinander trennt. Der Gedanke der Staatsangehörigkeit war seiner Zeit fremd, in seine Funktion tritt an dessen Stelle der des "subditus". Diesen Begriff definiert G r o t i u s nicht, aber er unterscheidet zwischen vier Gruppen:

(1) den "indigenae",

(2) den "advenae", beide sind "subditi ex causa permanente";

(3) denen, "qui transeundi aut morae exiguae causa alicubi sunt"[2] den "tamquam subditi temporarii"[3], und

(4) den "externi", "qui nulla ratione subditi sunt"[4].

---

si etiam extra penuriam feminarum conjugia contrahere, uni populo id negari non potest; nisi delictum praecesserit: ..."

1) AaO., § XXIII: "Sed de permissis quod diximus, intelligendum est de his quae permissa sunt tamquam ex vi naturalis libertatis nulla lege sublatae: non si permissa sint per beneficium relaxando legem. Nam in beneficii negatione nulla est injuria."

2) Liber III. Caput II: Quomodo jure gentium bona subditorum pro debito imperatium obligantur: ubi de repressaliis; § VII 1. 2: "Jure gentium subjacent pignorationi omnes subditi injuriam facientis qui tales sunt ex causa permanente, sive indigenae, sive advenae: non qui transeundi aut morae exiguae causa alicubi sunt."
Eine ähnliche Unterscheidung trifft er für das Kriegsrecht. Sie findet sich im Liber III, Caput IV: De jure interfidiendi hostes in bello solenni et alia vi in corpus. Im § VI stellt er fest, daß das Tötungsrecht nicht nur die subditi des kriegführenden Staates betreffe, sondern auch "omnes qui intra fines sunt hostiles". Nach § VII haben aber diejenigen, "qui ante bellum eo iverant" das Recht, sich aus dem feindlichen Gebiet zu entfernen. Erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit dürfen sie als Feinde behandelt werden. Damit wird nach § VIII vom Kriegsrecht nur die Gruppe der "vere subditi ... hostium, ex causa scilicet permanente" erfaßt.

3) Der Begriff findet sich im Liber II Caput I: De promissis, § V 1. 2.

4) AaO., Caput XIV: De eorum qui summum imperium habent promissis et contractibus et juramentis; § VIII: "Hoc ergo differt jus subditorum et jus exterorum, quod jus exterorum (hoc est qui nulla ratione subditi sunt) supereminenti dominio nullo modo subest ... subditorum autem jus ei dominio subest quatenus publica utilitas desiderat."

Indigenae und advenae seien den Gesetzen des Landes, in dem sie leben, unterworfen[1]. Aber auch den subditus temporarius erfasse die Rechtsordnung des Aufenthaltsortes, wenn er z.B. einen Vertrag schließen wolle[2]. Ein "communis mos" sei es, der die Fremden den Landesgesetzen unterwerfe[3].

Aus diesen Beispielen läßt sich aber entnehmen, daß für G r o t i u s das Staatsgebiet bereits dieselbe rechtliche Abgeschlossenheit erreicht hat, die die Grundlage für H u b e r s Erwägungen bildet. Der positive Aspekt der transitiven Territorialität ist für G r o t i u s zumindest auf Grund des "communis mos" verwirklicht.

Das Problem der Anwendung fremden Rechts wird von ihm dagegen nicht behandelt. So läßt sich aus seinem Werk auch keine Theorie des Internationalen Privatrechts gewinnen.

b) V a t t e l , der sein großes Werk 1758 schrieb, erkannte bereits, daß auch den Grundpositionen der Gebiets- und Personalhoheit gewisse Folgerungen für die Anwendung fremden Rechts gezogen werden können.

i) Die Herrschaft (imperium) einer Nation[4] über das von ihr bewohnte Gebiet folgt für V a t t e l aus dem Eigentum (dominium) daran[5]. Zum imperium gehöre auch die Gerichtshoheit[6]. Wie dem Eigentum absolute Wirkung zukomme, so auch den aus ihm fließenden Rechten, daher seien andere Souveräne verpflichtet, die Gerichtshoheit dadurch zu achten, daß sie sich der Einmischung in ein schwebendes Verfahren enthielten und das ergangene Urteil anerkennten[7].

---

1) Das folgt aus dem oben schon Gesagten.

2) Liber II, Caput XI: De promissis; § V, 1. 2: "... etiamsi peregrinus cum cive paciscatur, tenebitur illis legibus (scil. des Landes): quia qui in loco aliquo contrahit, tamquam cubditus temporarius legibus loci subiicitur."

3) Liber II, Caput XVIII: De legationum jure; § IV, 1. 5: "Quare omnino ita censeo, placuisse gentibus ut communis mos qui quemvis in alieno territorio existentem eius loci territorio subjicit, exceptionem pateretur in legatis ..."

4) Der Begriff der Nation erfüllt bei V a t t e l dieselbe Funktion wie der des Staates im modernen Völkerrecht.

5) Buch I, § 204 ff., Buch II, §§ 83 ff.

6) Buch II, § 84. 7) AaO.

ii) V a t t e l gibt auch Vorschriften für die Internationale Zuständigkeit an. Leitstern ist das Wohnsitzprinzip[1]. So könne der Beklagte, der sich weigert, etwas zu tun, nur vor dem Richter seines Wohnsitzes verklagt werden[2], nur der Wohnsitzrichter könne mit allgemeiner Wirkung einem Minderjährigen oder Geisteskranken Pfleger und Vormund bestellen[3], nur der Wohnsitzrichter könne die Formgültigkeit eines Testaments feststellen[4]. Anders sieht er die Internationale Zuständigkeit in den Fällen, die sich mit Rechten an Grundstücken befassen, sie könnten nur von den Gerichten des Staates entschieden werden, in dem das Grundstück liegt[5].

iii) Das Problem der Anwendung fremden Rechts stellt sich für V a t t e l nicht ausdrücklich, denn er geht von dem Grundsatz aus, daß der - regelmäßig ausschließlich zuständige - Wohnsitzrichter nur sein Recht anwende[6].

---

1) Den Begriff des Wohnsitzes definiert V a t t e l nicht. Daß er ihn juristisch und nicht nur tatsächlich verstanden wissen will, geht daraus hervor, daß nach seiner Meinung der Wohnsitz des Fürsten stets in seinem Staat liegt, eine ausgesprochen juristische Konstruktion, die mit einem tatsächlichen Wohnsitzbegriff nicht übereinstimmen muß (Buch II, § 85).

2) Buch II, § 103.

3) Buch II, § 85.

4) Buch II, § 85.

5) Buch II, §§ 103, 114.

6) Buch II, § 103.

So finden sich nur einige Hinweise im Fremdenrecht. Der Fremde müsse einerseits die Gesetze des Gastlandes beachten[1], andererseits blieben seine Güter sein Eigentum und damit Eigentum seiner Nation[2]. Der damit anerkannte Grundsatz des wohlerworbenen Rechts müßte folgerichtig auch den Richter des Gastlandes dazu führen, die Entstehungsvoraussetzungen des in Frage stehenden subjektiven Rechts nach einer fremden Rechtsordnung zu beurteilen. Im Erbrecht trete Nachlaßteilung ein, das bewegliche Vermögen könne der Fremde nach dem Recht seines Heimatstaates vererben[3], das Grundvermögen nach dem Recht des Staates, in dem es liege[4]. Das droit d'aubaine lehnt er ausdrücklich als naturrechtswidrig ab[5].

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß in V a t t e l s System durchaus Ansätze zu einem völkerrechtlichen Normengrenz- und Kollisionsrecht liegen, wenn auch seine Thesen der Verfeinerung bedürften.

---

1) Buch II, §§ 101 ff. Der Fremde unterliegt aber nur den für alle geltenden Gesetzen, er darf nur in beschränktem Umfange zu den öffentlichen Lasten herangezogen werden (Buch II, §§ 101 und 106).

2) Buch II, §§ 81, 109.

3) Buch II, § 110. Für die Testamentserrichtung soll grundsätzlich die Ortsform gelten (§ 111 No.1), für die Testierfreiheit selbst das Heimatrecht des Erblassers (§ 111 No.2).

4) Buch II, §§ 103, 111 No. 2.

5) Buch II, § 112.

§ 10

Die internationalistische Schule

Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts sah die wissenschaftliche Sternstunde des Internationalen Privatrechts. In einer Zeit, die an den Fortschritt und damit an den Weltfrieden und eine internationale Gemeinschaft glaubte, stellte sich die Lösung der dem Internationalen Privatrecht zugrunde liegenden Probleme als neue und faszinierende Aufgabe. Kennzeichnend für diese Schule ist, daß sie nach dem richtigen Recht sucht und von der Vorstellung ausgeht, es könne nur jeweils eine richtige Lösung eines bestimmten Problems geben.

In der folgenden Untersuchung sollen die wichtigsten Vertreter dieser Schule, jeder an einer methodisch bedeutsamen Veröffentlichung dargestellt werden, die auch aufhellt, auf welche Grundlagen jeder Verfasser seine Theorie stützt. Danach soll geprüft werden, wieweit diese Auffassungen in der Völkerrechtslehre einen Widerhall fanden.

I. Darstellung der wichtigsten Lehrmeinungen

1) W ä c h t e r und S a v i g n y

Nur acht Jahre trennen zwei Werke, die, mit sehr verschiedenem Tonfall, doch beide den großen Aufbruch in die internationalistische Schule des 19. Jahrhunderts darstellen. 1841 erschien im Archiv für civilistische Praxis der erste Teil eines umfassenden Aufsatzes von Carl Georg v. W ä c h t e r [1], 1849 der VIII. Band von S a v i g n y s System des heutigen römischen Rechts[2].

---

1) "Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, AcP Bd.24 (1841), S.230 ff.; AcP Bd.25 (1842), S.1 ff., 161 ff., und 361 ff.

2) Friedrich Carl v. S a v i g n y , System des heutigen römischen Rechts Bd.VIII (zitiert nach dem unveränderten fotomechan. Nachdruck der wiss. Buchgesellschaft Darmstadt, 1960).

a) W ä c h t e r hält alles, was vor ihm zum Thema des Internationalen Privatrechts gesagt wurde, für falsch. Der noch nachwirkenden Statutentheorie macht er gründlich den Garaus, indem er die loci communes analysiert, die sie zur Stütze ihrer Thesen dem Corpus Juris Civilis entnimmt und mit einiger Schärfe nachweist, daß sie im ursprünglichen System etwas ganz anderes besagten, als man ihnen später unterschob[1].

Seine eigene Theorie baut er auf drei Pfeiler:

i) Wieweit der Richter eines Staates fremdes Recht anzuwenden hat, bestimmen allein die Gesetze dieses Staates[2];

ii) der Richter muß bei jedem einzelnen Gesetz seines Staates untersuchen, ob es auch auf Rechtsverhältnisse mit Auslandsbeziehung angewendet sein will[3]; im Zweifel ist dies der Fall[4];

iii) Das Völkerrecht wendet sich nur an den Gesetzgeber, es ist nicht Aufgabe des Richters, völkerrechtliche Rücksichten zu nehmen[5].

Bei W ä c h t e r wirkt sich das kontinentale Gesetzesdenken aus. Bei den Niederländern, wie bei den angelsächsischen Vertretern der Comity Lehre entscheidet der Richter, die Anwendung des Comity ist, wenn auch keine Rechtsfrage, so doch eine juristische Frage. Dem kontinentalen Richter, der "bouche qui prononce les paroles de la loi"[6] ist diese Aufgabe entzogen, sie obliegt dem Gesetzgeber und ist damit nicht mehr juristischer, sondern politischer Natur.

Von W ä c h t e r hätte die nationalistische Doktrin ausgehen können, wenn nicht S a v i g n y s großes Werk eine neue Möglichkeit gewiesen hätte.

---

1) AcP Bd.24, S.242 ff.

2) AaO., S.236 f.

3) AaO., S.263.

4) AaO., S.265.

5) AaO., S.240.

6) M o n t e s q u i e u , De l'Esprit des Lois, Livre XI, Chapitre VI.

b) S a v i g n y erklärt zuerst einmal alles für richtig, was von seinen Vorgängern geschrieben wurde. Richtig sei es, daß jeder Staat fordern könne, innerhalb seiner Grenzen dürfe lediglich sein Recht gelten, richtig sei es, daß kein Staat die Geltung seines Rechts außerhalb seiner Grenzen fordern könne[1]; S a v i g n y beruft sich insoweit auf H u b e r und S t o r y [2]. Er stimmt auch W ä c h t e r s These zu, daß der Richter die Vorschriften des eigenen Staates über die Behandlung von Fällen mit Auslandsbeziehung "schlechthin" anwenden müsse[3], der Richter könne von seinem Recht auch angewiesen werden, auf alle vor ihn gebrachten Fälle nur sein eigenes Recht anzuwenden[4].

Eine solche Vorschrift finde sich aber in keiner Rechtsordnung, und dies mit Grund. Zur Begründung dieser Beobachtung bricht S a v i g n y in Neuland auf, indem er zugleich die Gedanken H u b e r s weiter entwickelt.

Jeder Staat läßt fremdes Recht anwenden, "als freundliche Zulassung unter souveränen Staaten"[5]. Diese Zulassung entwickle sich aber zur Rechtspflicht hin, da der Verkehr unter den Völkern die Anwendung fremden Rechts "räthlich" mache[6] und daher dieser Gedanke in der völkerrechtlichen Gemeinschaft mehr und mehr Anerkennung finde "unter dem Einfluß theils der gemeinsamen christlichen Gesittung[7], theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht"[8].

---

1) S.24 f. des oben zitierten Werkes.

2) AaO., S.25, Note (a).

3) AaO., S.25 f.

4) AaO., S.26.

5) AaO., S.28, S a v i g n y beruft sich auf H u b e r , Johann V o e t und S t o r y , s. Fn. (f).

6) AaO., S.26.

7) Das Völkerrecht, das S a v i g n y vorschwebte, war das Jus publicum europaeum in seiner reinsten Form, war doch zu der Zeit, als er sein großes Werk schrieb, noch nicht einmal die Türkei in den Kreis der vollberechtigten Völkerrechtssubjekte aufgenommen worden.

8) AaO., S.27.

Auf Grund der so begründeten völkerrechtlichen Pflichten kann S a v i g n y die Aussage wagen, daß zwischen der Kollision der Gesetze verschiedener Staaten und der von Partikularrechten innerhalb eines Staates kein Unterschied bestehe[1].

Was gebietet nun das Völkerrecht den Staaten? Es gibt keine Einzellösungen, sondern eigentlich nur ein Gebot: Gegenseitigkeit und damit Gleichheit in der Beurteilung von Einheimischen und Fremden. Das Postulat der Entscheidungsharmonie taucht auf[2]. Um dies zu erreichen, müsse in analytischer Betrachtungsweise der "Sitz" eines jeden Rechtsverhältnisses gesucht werden[3]. Zwei Ausnahmen gebe es:

i) Gesetze von "streng positiver, zwingender Natur"[4]. Ob ein solches Gesetz gegeben sei, bestimme sich nach der Absicht des Gesetzgebers[5];

ii) "Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist."[6]

Von S a v i g n y geht ein direkter Einfluß auf das englische und amerikanische Recht aus[7].

---

1) AaO., S.28: "Nur darf diese Zulassung (scil. fremden Rechts) nicht gedacht werden als Ausfluß bloßer Großmuth oder Willkür, die zugleich als zufällig wechselnd und vorübergehend zu denken wäre. Vielmehr ist darin eine eigenthümliche und fortschreitende Rechtsentwickelung zu erkennen, gleichen Schritt haltend mit der Behandlung der Collisionen unter den Particularrechten derselben Staaten."

2) AaO., S.27: "Denn diese Gleichheit muß in vollständiger Ausbildung dahin führen, daß nicht bloß in jedem einzelnen Staate der Fremde gegen den Einheimischen nicht zurückgesetzt werde (worin die gleiche Behandlung der Person besteht), sondern daß auch die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurteilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde."

3) Die berühmte Stelle findet sich auf S.27 f.

4) AaO., S.33 ff.

5) AaO., S.34.

6) AaO., S.37 ff.

7) S. dazu G u t z w i l l e r , Der Einfluß S a v i g n y s auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, S.117 ff.

S a v i g n y s Vermächtnis wirkte fort. Eine Gesellschaft, die sich als Einheit empfand und in ihrer Struktur homogen war, konnte auch eine Rechtslehre entwickeln, die ein großes Maß an Weltoffenheit zeigte. Dabei fiel diese Schule in recht verschiedene Zweige auseinander.

2) M a n c i n i

Dieser italienische Gelehrte ist der Auffassung, daß die Anwendung fremden Rechts vom Völkerrecht geboten sei[1]. Fixpunkt seines Systems ist nicht der Staat, sondern der einzelne, Daseinszweck des Staates sei es, die Freiheit und die Rechte des Menschen zu schützen[2]. Da die Freiheit und die Rechte des Menschen nicht von einem bestimmten Staat abhingen, seien sie auch nicht durch die Grenzen eines bestimmten Staates beschränkt, der Mensch nehme sie mit, wohin er auch gehe. Seine Freiheit und seine Rechte müßten überall anerkannt werden, ein Verstoß gegen dieses Gebot verletze nicht nur die Gerechtigkeit, sondern auch das Völkerrecht, denn jeder Staat habe ein Recht darauf, daß die Rechte und die Freiheit seiner Bürger von anderen Staaten geachtet würden[3].

---

1) M a n c i n i legte 1874 dem Institut de Droit International einen Bericht vor, mit dem Titel:
"De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles."
Dieser Bericht ist abgedruckt in Clunet Bd.1, S.221 ff. und 285 ff.

2) AaO., S.230: "L'État, expression de la volonté et des intérêts communs faillirait à son but et à sa raison d'être, si, au lieu de reconnaître, de respecter et de garantir les droits et les libertés inoffensives des individus il les méconnaissait ou les limitait."

3) AaO.,S.230 f.: "Les lois et les codes, oeuvres faillibles et expression relative de la vérité telle qu'elle est conçue par les législateurs des États, ne créent pas les droits et les libertés de l'homme, mais ont le devoir de les reconnaître dans leur juste mesure, même pour les étrangers. S'ils ne le font pas, ils violent les droits de la justice, et en même temps le droit des gens, parce que chaque État a intérêt à assurer les droits et les libertés légitimes de ses membres, et à les faire respecter par les autres peuples."

Da das Völkerrecht die gleiche Achtung dieser Rechte gebietet, verlange es auch, daß fremdes Recht in jedem Staat auf die gleichen Sachverhalte angewendet werde und damit die Gleichheit der IPR-Systeme[1]. Für dieses Ergebnis bestehe auch noch ein zweiter Grund: Die Rechtsordnungen der Völker seien nicht ohne Grund verschieden, denn jedes Recht entspreche dem besonderen Charakter eines Volkes, jedes Volk schaffe sich "sein" Recht[2]. Der Angehörige eines Volkes würde vergewaltigt, würde man ihn einem Recht unterwerfen, das nicht die besonderen Züge seines Volkstums trage[3]. Der gerade für M a n c i n i selbstverständliche Gedanke der Identifikation von Volk, Staatsvolk und Nation, führt bei diesem Gedanken zum Staatsangehörigkeitsprinzip, das er für das Familienrecht und das gesetzliche Erbrecht "rigoureusement" verwirklicht haben will[4].

Von seiner Grundthese läßt M a n c i n i zwei Ausnahmen zu:

i) Das droit public wirke streng territorial, jeder Fremde müsse es beachten[5]. Doch wird der Begriff des droit public sehr eng gefaßt[6].

ii) Auf Grund des ordre public könne ein Staat bestimmte Sätze des an sich anzuwendenden fremden Rechts ausschließen, fremden Urteilen und Rechtsakten die Wirkung verweigern.

Den Begriff des ordre public definiert M a n c i n i sehr weit[7], so daß sein ganzes System dadurch eine gewisse Relativierung erfährt. Es erscheint nur zwischen Rechtsordnungen

---

1) AaO., S.231 f.

2) Dieser Gedanke wird schon von M o n t e s q u i e u vertreten, De l'Esprit des lois, Livre I, Chapt. III.

3) S.293 ff.

4) S.294 f.

5) S.296.

6) M a n c i n i definiert das droit public aaO., S.196: "système organisé de moyens necessaires pour protéger l'État contre ses ennemis intérieurs et extérieurs, et même pour garantir à tous les habitants la paisible jouissance de leurs droits."

7) M a n c i n i s Definition des ordre public lautet (aaO. S.297): "L'ordre public dans tous les pays comprend aussi dans la large acception du mot, le respect des principes

arbeitsfähig, die auf dem annähernd gleichen Entwicklungsstand der Gesellschaft und dem annähernd gleichen Gemeingeist beruhen.

Von entscheidender Bedeutung für die weitere Entwicklung ist aber der von M a n c i n i aufgestellte Dreiklang: "nationalité-liberté-souveraineté"[1].

---

supérieurs de la morale humaine et sociale tels qu'ils sont entendus et professés dans ce pays, les bonnes moeurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine, et les libertés auxquelles ni les institutions positives, ni aucun gouvernement, ni les actes de la volonté humaine ne pourraient apporter des dérogations valables et obligatoires pour ces États. Si les lois positives d'un État, um jugement étranger, ou les actes et contrats faits à l'étranger violaient ces principes ou ces droits, chaque souveraineté, loin d'accepter ces outrages à la nature et à la moralité humaine, pourrait à juste titre leur refuser tout effet et toute exécution sur son territoire. Il en est ainsi de l'esclavage, de la polygamie et d'autres institution étrangères qu'en vain on essayerait de faire accepter et reconnaître dans d'autres pays.
On peut rejeter non seulement les institutions incompatibles avec l'ordre moral, mais aussi celles qui sont incompatibles avec l'ordre économique établi dans une société, l'ordre économique étant compris dans la large acception de l'ordre public. Ainsi, dans les États où sont interdits les institutions féodales, la main-morte, les fidéicommis, etc., on ne pourrait attribuer effet à des pareilles dispositions dans le territoire, alors même qu'elles auraient été faites dans un pays où elles seraient autorisés ou permises."

1) M a n c i n i hat selbst sein System in folgenden Thesen zusammengefaßt (aaO., S.298 f.):
(1) "Le législateur rend hommage au principe de la nationalité et accomplit un devoir strict lorsqu'il reconnaît l'efficacité dans son territoire des lois qui règlent la personne, la famille, et la succession, tant que cela ne va pas jusqu'à toucher à la constitution politique et à l'ordre public du pays."
(2) "Le législateur respecte le principe de la liberté lorsqu'il n'entrave pas par ses lois l'exercice de la liberté inoffensive de l'étranger, et lorsqu'il lui accorde la faculté de choisir la législation et la règle juridique auxquelles il veut soumettre tous ses actes dans d'autres matières du droit international privé."
(3) "En dernier lieu, chaque législateur sauvegarde le droit de souveraineté et d'indépendance politiques, lorsqu'il assujettit indistinctement l'étranger aussi bien que ses concitoyens aux lois pénales du territoire et aux lois d'ordre public du pays, c'est-à-dire au respect le plus scrupuleux de son droit politique."

3) Carl Ludwig von B a r [1].

Für B a r hat das Internationale Privatrecht die Funktion, die nationalen Gesetzgebungskompetenzen abzugrenzen[2]. Diese Aufgabe könne ein Staat nicht von sich aus erfüllen, da er kraft Völkerrechts verpflichtet sei, die - gleichwertige - Souveränität anderer Staaten zu achten[3]. Daher setze das Völkerrecht dem staatlichen IPR Schranken.

Wenn ein Staat Fremden den Aufenthalt auf seinem Gebiet gestatte, müsse er ihnen auch die im Ausland erworbenen subjektiven Rechte zuerkennen. Das folge aus dem Völkerrechtssatz, daß kein Staat die Existenz eines anderen Staates als Rechtsgemeinschaft leugnen dürfe; gerade gegen diese Regel würde aber verstoßen, wenn die rechtliche Wirksamkeit unter fremdem Recht vollzogener Tatbestände nicht anerkannt würde[4].

Aus dem communis consensus der "civilisierten" Staaten sei darüberhinaus ein Gewohnheitsrecht entstanden[5]. Dazu gehöre etwa der Satz "locus regit actum"[6].

---

1) Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts, 2 Bde., 2.Aufl., Hannover 1889; s. dazu weiter Gerhard S i e b n e r , Leben und Werk des Göttinger Rechtsgelehrten Carl Ludwig von Bar, Göttinger Diss. 1950.

2) AaO., S.3

3) S.4 f.

4) S.3 f. Der Grundsatz des wohlerworbenen Rechts gehört also dem Völkerrecht an. Das spricht v. B a r zwar nicht aus, es folgt aber aus den von ihm gebrauchten Beispielen. Bemerkenswert für den Zeitgeist ist, daß er seine Theorie nicht auf das Recht des Einzelmenschen, sondern auf die Pflicht, die fremde Souveränität zu respektieren, stützt.

5) S.9. Aus den Darlegungen v. B a r s geht nicht genau hervor, ob diese Rechtssätze dem Völkerrecht angehören sollen. In moderner Sprache ausgedrückt scheint er insoweit allgemeine Rechtsgrundsätze anzunehmen. Zur Einordnung dieser Stelle in B a r s Rechtskosmos s. S i e b n e r , aaO., S.132 ff.

6) S.9.

Jedoch gelte hinsichtlich all dieser Rechtssätze der absolute Vorrang des staatlichen Rechts für den staatlichen Richter, und zwar sowohl für die echten Sätze des Völkerrechts[1], als auch für die Sätze des allgemeinen Gewohnheitsrechts[2].

Die Grundlage des IPR sei die Natur der Sache, nämlich gewisse völkerrechtliche Grundgegebenheiten[3]:

. Das Territorium und damit die Anknüpfung an den faktischen Aufenthalt einer Person oder einer Sache;
das besondere Treue- und Fürsorgeverhältnis zwischen einer Person und dem Staate, dem sie angehört[4].

4) Antoine P i l l e t [5]

Auch der große französische Rechtslehrer sieht im Völkerrecht die Grundlage des IPR. Jeder Fall mit Auslandsbeziehung stelle den Richter vor zwei Fragen[6]:

---

1) S.5: "... Die Gerichte der einzelnen Staaten (haben), als der Gesetzgebung untergeordnet, den selbst irrigen Aussprüchen der letzteren über ihre eigene Kompetenz Folge zu leisten."

2) S.9 f.

3) S.106: "Das materielle Princip für das solchergestalt bestehende internationale Privatrecht, welches einer weiteren Sanktion, etwa durch besondere Gesetze oder völkerrechtliche Verträge, im Allgemeinen gar nicht bedarf - denn die Natur der Sache, die innere Vernunftmäßigkeit gilt und hat von selbst Kraft, - welche aber allerdings in manchen Punkten durch Gewohnheitsrecht und besondere Staatsverträge modificiert werden kann, ist also auch nichts anderes als die Natur der Sache in jenem Sinne, für deren Erkenntnis uns gewisse Traditionen und gewohnheitsrechtliche Sätze gleichsam als Maß- und Richtungssteine hilfreiche Dienste leisten ..."

4) AaO., S.107.

5) P i l l e t hat seine Gedanken zum Verhältnis von Völkerrecht und IPR in einem Aufsatz in der Revue Pratique du Droit international privé, Bd.II (1892), S.105 ff., dargelegt.

6) S.117.

(1) "une question préjudicielle: quelle législation fournira la décision du procès?"

(2) "une question de droit privé: cette législation étant déterminée, quelle solution l'affaire soumise au juge doit-elle recevoir?"

Die erste Frage stelle ein besonderes, nur dem IPR eigenes Problem, denn jedes Gesetz sei Ausfluß einer "volonté souveraine", und damit sei der Gesetzeskonflikt ein Konflikt zwischen mehreren dieser "volontés", also eine Frage des Völkerrechts[1].

Daraus ergeben sich Folgerungen:

a) Das Völkerrecht allein bestimmt, wieweit die Staaten fremdes Recht anzuwenden haben. Ein Staat allein kann nicht einen anderen dazu verpflichten, sein Recht anzuwenden[2].

b) Die Souveränität eines Staates hat ein reales und ein personales Element[3]. Die Staaten sind kraft Völkerrechts verpflichtet, die Souveränität anderer Staaten in beiden Elementen zu achten. Auf der Basis dieser Pflicht baut sich das IPR auf[4].

---

1) S.119 f.: Für einen Rechtsstreit zwischen einem Engländer und einem Franzosen in Frankreich gilt: "La question véritable soumise au juge est celle de savoir jusqu'où s'étend l'autorité de la loi anglaise, ou, plus précisément, si la souveraineté du législateur anglais doit être respectée même en la personne d'un sujet anglais ... devant un tribunal français. Le plaideur n'est intéressé à cette question qu'à raison de sa qualité de national anglais, le premier et véritable intéressé, c'est l'État anglais lui-même, car il s'agit d'apprécier les limites de l'autorité de son pouvoir législatif."

2) S.131.

3) S.133: "... la souveraineté comprend toujours deux éléments: l'un, local ou réel, qui s'étend à tout ce qu'un territoire comprend d'animé; l'autre, qui n'est pas localisé et qui est personnel, qui relie le souverain à chacun de ses sujets.

4) S.133.

5) Ernst Zitelmann[5]

Zitelmann hat das durchdachteste und ausgefeilteste System eines völkerrechtlichen Internationalen Privatrechts geschaffen. Damit ist sein Werk für die hier vorzunehmende Untersuchung von allergrößtem Wert, denn es zeigt, welche Normen das Völkerrecht enthalten müßte, wenn man aus ihm ein für alle Staaten geltendes Internationales Privatrecht als einheitliches System erbauen wollte[2].

a) Nach Zitelmann läßt sich alles Privatrecht in subjektive Rechte auflösen[3]. Jedes subjektive Recht bestehe aus Befehlen, und zwar das relative Recht aus einem Befehl an einen einzelnen, den Schuldner, das absolute Recht aber aus einem Befehl an eine unbestimmte Vielheit durch allgemeines Verbot bestimmter Handlungen zugunsten einer bestimmten Person[4].
Um also ein subjektives Recht begründen zu können, müsse der Staat die Rechtsmacht haben, gewisse Handlungen zu gebieten oder zu verbieten, und zwar über die Personen, denen er gebieten will[5]. Ob eine solche Rechtsmacht vorliege, lasse sich nur aus dem Völkerrecht entnehmen. Entscheidend sei also, wieweit das Völkerrecht einem Staat die Macht über den Verpflichteten verleihe[6].

---

1) Internationales Privatrecht, 2 Bde., 1897.

2) AaO., S.78: "Wenn und soweit es hingegen allgemein anerkannte völkerrechtliche Principien für die Herrschaftsabgrenzung der einzelnen Staaten nicht gibt, sei es, daß allgemein anerkannte theoretische Grundsätze für die Herrschaftsabgrenzung fehlen, sei es, daß die thatsächlichen Grundlagen für die Anwendung dieser Grundsätze im konkreten Fall streitig sind, ist auch zur Zeit eine wahre Lösung der Fragen des Internationalen Privatrechts unmöglich, undenkbar."

3) S.42 ff.

4) S.48 f.

5) S.60 ff.

6) S.66 ff., auf den Berechtigten kommt es insoweit nicht an.

b) Diese vom Völkerrecht verliehene Rechtsmacht sei ausschließlich, ein anderer Staat dürfe sie nicht durch ein konträres Gebot (man wird ergänzen dürfen: auch nicht durch die Gewährung von Handlungsfreiheit) paralysieren[1].

c) Der erste dem Staat vom Völkerrecht verliehene Bereich sei die Personalhoheit, das Recht des Staates über seine Staatsangehörigen[2]. Sie sei ein absolutes subjektives völkerrechtliches Recht und entfalte die diesen Rechten eigene positive und negative Wirkung.

Positiv: Jeder andere Staat müsse die von einem Staat im Rahmen seiner Personalhoheit an seine Staatsangehörigen gerichteten Befehle als rechtmäßig und für diese verbindlich anerkennen;
Negativ: Kein Staat dürfe in diese Herrschaftssphäre eingreifen, indem er Befehle an fremde Staatsangehörige erteile, die nur deren Heimatstaat im Rahmen seiner Personalhoheit erlassen dürfte[3].

Der zweite Bereich sei die Gebietshoheit, die dem Staat vom Völkerrecht verliehene Macht, alles Geschehen auf seinem Gebiet zu regeln. Ebenso wie die Personalhoheit sei auch die Gebietshoheit ein absolutes Recht, das gegenüber den anderen Staaten die gleiche positive und negative Wirkung entfalte[4].
Halte sich ein Ausländer auf dem Gebiet eines Staates auf, so unterliege er zugleich der Personalhoheit seines Heimatstaates und der Gebietshoheit des Aufenthaltsstaates. Diesen Konflikt löst Z i t e l m a n n zugunsten der Personalhoheit. Sie werde nur insoweit eingeschränkt, als der Fremde die allgemeine öffentliche Ordnung des Gastlandes achten müsse. Er habe insoweit die gleichen allgemeinen (d.h. nicht auf besonderen Titeln beruhenden) Pflichten wie die Bürger des Gastlandes, er müsse die vom Gastland verliehenen

---

1) S.72 f.
2) S.82 ff.
3) S.88 f.
4) S.92 f.

subjektiven Rechte achten und dürfe daher keine Handlung vornehmen die solche Rechte verletzen könne[1].

d) Damit ergeben sich für das Internationale Privatrecht folgende Grundsätze, die in ihrer Bedeutung H u b e r s Axiomen in nichts nachstehen[2]:

(1) Auf Grund seiner Personalhoheit kann ein Staat subjektive Rechte mit Wirkung gegen jeden seiner Staatsangehörigen, d.h. absolute Rechte mit Wirkung gegen alle seine Staatsangehörigen, verleihen;

(2) auf Grund seiner Gebietshoheit kann ein Staat subjektive Rechte mit Wirkung gegen alle auf seinem Gebiet lebenden Personen verleihen;

(3) die Personalhoheit über den im Ausland verweilenden Staatsangehörigen ist eingeschränkt durch die Pflicht des Heimatstaats
- alle Rechtssätze durch die der fremde Staat die von ihm verliehenen subjektiven Rechte schützt
- und alle Rechtsfolgen, die das Gastland an die Verletzung dieser Rechte knüpft

zu achten.

6) Ernst F r a n k e n s t e i n [3]

F r a n k e n s t e i n ist ein Internationalist, der seine Lehre nicht auf das Völkerrecht stützt, weil es seiner Ansicht nach kein allgemeines Völkerrecht gibt[4]. Also muß er das Grundprinzip des Internationalen Privatrechts auf anderem Wege finden. Er geht aus, wie einst H u b e r , von zwei "aprioristischen Axiomen"[5]

---

1) AaO., S.107 ff.

2) AaO., S.119 ff.

3) Internationales Privatrecht, Erster Band, 1926.

4) Nach F r a n k e n s t e i n könnte Völkerrecht nur auf Grund einer überstaatlichen Organisation entstehen, an der es aber fehle, so gebe es nur "Satzungen überstaatlicher Zweckverbände" (aaO., S.19 ff.). Er hält Z i t e l m a n n s System darum für verfehlt, weil dieser von einem nicht existenten Völkerrecht ausgehe (aaO., S.32 Fn.1).

5) AaO., S.34.

(1) Die Verknüpfung des Menschen mit seinem Heimatstaat ist eine "völkerpsychologische und staatsrechtliche Notwendigkeit";

(2) ebenso besteht eine natürliche Verbindung von Sache und Gebietshoheit.

Eine Anknüpfung an andere als diese Grundgegebenheiten sei zwar rechtsverbindlich, aber nur eine "Pseudo-Anknüpfung".

Sein erstes Axiom stützt F r a n k e n s t e i n mit einem äußerst wichtigen und fruchtbaren Gedanken, der weit über die ganze Entwicklung zurückgreift: Der Fremde habe ein Recht auf "sein Recht", das Recht seines Heimatstaates, weil er dieses Recht als Träger der Staatsgewalt mitgeschaffen habe[1]. "Sein Recht" sei nur die Rechtsordnung, die ihm die vollen staatsbürgerlichen Rechte gewähre[2]. Unterwerfe man den Fremden der eigenen Rechtsordnung, so tue man ihm Gewalt an[3]. Der Wohnsitz vermöge ein derartiges Band nicht zu schaffen. Selbst schon lange im Lande lebende Bürger eines fremden Staates seien im Kriege als feindliche Ausländer behandelt und damit deutlich an das wirkliche Band er-

---

1) AaO., S.36 f.

2) S.38: "So ergibt sich die Verknüpfung des einzelnen mit seiner Rechtsordnung: Er ist psychologisch Träger der Rechtsüberzeugung, er ist staatsrechtlich Träger der Staatsgewalt und Gesetzgebung, und er steht als Subjekt und Objekt der Staatsgewalt in einem gegenseitigen Treueverhältnis zum Staat. Durch diese dreifache Beziehung ist der einzelne mit seiner Rechtsordnung verknüpft. Sucht man nun aber, welche Rechtsordnung diese Beziehungen zu dem einzelnen aufweist, so ist es nur die des Heimatstaates, das Heimatrecht. Keine andere Rechtsordnung weist diese Beziehung auf, auch nicht das Recht des Wohnsitzes. Kein Treueverhältnis verknüpft den Fremden mit dem Staate, in dem er lebt, und keinen Schutz kann ihm dieser Staat, selbst wenn er es wollte, gewähren, wenn er im Gebiete eines dritten Staates Ungemach erleidet, nur der Heimatstaat kann helfen. Kein staatsrechtliches Band verknüpft den Ausländer mit dem Rechte des Wohnsitzes. Er ist nicht Träger, sondern nur Objekt der Staatsgewalt, er hat keinen Teil an der Gesetzgebung und nicht das bescheidenste politische Recht steht ihm zu.

3) S.30.

innert worden[1]. Daß zwischen Personalhoheit und Gebietshoheit ein Konflikt entstehen kann, gibt F r a n k e n s t e i n durchaus zu[2]. Die Personalhoheit müsse aber eindeutig den Vorrang haben, "streng logisch" könne sich die Gebietshoheit nur auf die Bereiche erstrecken, die unter den Begriff des ordre public fallen[3]. Was darüber hinausgehe, sei nichts als ein Mißbrauch der tatsächlichen Gewalt[4].

---

1) S.37 f.

2) S.42 ff.

3) S.43.

4) S.44. So ist für F r a n k e n s t e i n Art.8 EGBGB ein Beispiel für eine "Pseudo-Anknüpfung".
In seinem 1950 veröffentlichten "Projet d'un Code européen de droit international privé" ist er aber von seinem bisherigen Ausgangspunkt abgerückt. Grundlage des personalen Rechts ist für ihn jetzt das "domicile statutaire". Dabei handelt es sich um einen Rechtsbegriff, den er folgendermaßen definiert:

Art. 57
"Une personne qui réside de façon permanente dans l'État dont elle est ressortissante (patrie) y a son domicile statutaire.
La perte de la nationalité n'affecte pas le domicile statutaire antérieurement acquis."

Art. 58
"Une personne qui réside de façon permanente dans un autre État y acquiert un domicile statutaire si
a) elle y a établi sa résidence aux termes des art.82 et suiv.;
b) elle y a résidé en outre, dans ces conditions, pendant trois années consécutives. Sont admises des interruptions de résidence n'excédant pas au total 180 jours; autrement le délai de trois ans devra courir de nouveau."

Art. 82
"La résidence d'une personne se trouve au lieu où elle a établi le centre de sa vie personnelle et de son activité professionnelle; en cas de divergence, le centre de la vie personnelle prévaut.
Quand une personne a plusieurs résidences, celle qui est le plus étroitement liée au rapport juridique dont il s'agit, prévaut."

Als Begründung führt er die Bevölkerungsumschichtungen nach den beiden Weltkriegen und die Entwicklung der modernen Verkehrstechnik an.
"... Dans ces conditions, la loi personnelle future devra réconcilier la mobilité nouvelle de l'homme avec la stabilité nécessaire de ses droits. Ni le caractère rigide de la nationalité ni l'incertitude et l'instabilité du domicile ne correspondent à ces conditions. La loi

II. Die Grundlagen der internationalistischen Schule

1. Die Grundvorstellung, die es erlaubt, die verschiedenen oben dargestellten Lehrmeinungen unter dem Begriff einer "Schule" zusammenzufassen, lautet: Es gibt e i n richtiges Internationales Privatrecht, für jedes Problem läßt sich e i n e bestimmte und allein richtige Lösung finden, die sich bei rechtem Verständnis der Grundlagen erkennen läßt.
Aber damit ist die Gemeinsamkeit auch schon zu Ende. Zwischen S a v i g n y einerseits und allen anderen Theoretikern dieser Schule liegt ein tiefer Graben.

a) S a v i g n y verändert die bisherige Fragestellung. Er geht nicht von den Grenzen der Norm aus, sondern vom Sachverhalt für den die passende Norm gefunden werden muß. Darin könnte eine Mißachtung der Grenzen des jeweiligen Rechts liegen, wenn es für S a v i g n y solche Grenezn überhaupt gäbe[1]. Privatrecht ist für ihn ja nicht die staatlich gesetzte Norm, der verbindliche Topos, sondern ein dem Staate historisch vorgegebenes Kulturphänomen[2], das[3]

> "erst durch Sitte und Volksglauben, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillschweigende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers."

---

personnelle, expression juridique des rapports les plus importants et les plus naturels, doit être stable à la fois et certaine, sans manquer de souplesse. Elle doit surtout être basée sur une institution de droit comme c'est le cas, actuellement, de la nationalité, et non pas sur l'appréciation, nécessairement incertaine, de simples faits."

1) Zum Folgenden s. grundlegend: V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.89 ff. und S.215 ff.

2) S a v i g n y , Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, zitiert nach: T h i b a u t und S a v i g n y , Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, S.76:
"Wo wir zuerst urkundliche Geschichte finden, hat das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Charakter, dem Volk eigenthümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. Ja diese Erscheinungen haben kein abgesondertes Daseyn, es sind nur einzelne Kräfte und Thätigkeiten des einen Volkes, in der Natur untrennbar verbunden, und nur unsrer Betrachtung als besondere Eigenschaften erscheinend."

3) AaO., S.79.

Nur die Gesetzgebung hält er für sinnvoll, "welche der Gewohnheit zu Hülfe kommt, jene Zweifel und diese Unbestimmtheiten entfernt und so das wirkliche Recht, den eigentlichen Willen des Volkes zu Tage fördert und rein erhält[1]." Die korrigierenden, gestaltenden Gesetze hält er eher für schädlich und empfiehlt höchste Sparsamkeit in dieser Art von Rechtssetzung[2]. Daraus ergibt sich, daß er auch die gesetzte Grenznorm nur als Ausnahme ansieht, als den Fall der "streng positiven Gesetze". Die Grenzen des allgemeinen Privatrechts stehen aber nicht fest, sie müssen durch die Jurisprudenz erst gezogen werden und zwar in gleicher Weise die zeitlichen wie die örtlichen Grenzen[3]. Daraus ergibt sich die "Entpolitisierung"[4] des Internationalen Privatrechts: Der Richter, der ein bestimmtes Rechtsverhältnis einer bestimmten Rechtsordnung zuweist, löst damit keinen Souveränitätskonflikt, denn eigentlich geht diese privatrechtliche Frage die Souveränität des Staates nichts an. Die von S a v i g n y entwickelte Methode hat die weitere Entwicklung des Internationalen Privatrechts auf das stärkste beeinflußt, die "Dritte Schule"[5] des Internationalen Privatrechts erscheint als die methodische

---

1) AaO., S.81.

2) AaO., S.80: "Daß die Gesetze dieser Art leicht eine fruchtlose Corruption des Rechts sind, und daß gerade in ihnen die höchste Sparsamkeit nöthig ist, wird jedem einleuchten, der die Geschichte zu Rathe zieht."

3) Der VIII. Band des Systems des heutigen römischen Rechts stellt das Dritte Buch des Gesamtwerkes dar. Es ist überschrieben: "Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse" und unterteilt in zwei Kapitel:
"Erstes Kapitel. Oertliche Gränzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse".
"Zweites Kapitel. Zeitliche Gränzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse".

4) S. dazu N e u h a u s , RabelsZ Bd.15, (1949/50), S.376.

5) S. dazu Z w e i g e r t , Festschrift für Raape, S.35 ff.

Vollendung der Grundgedanken S a v i g n y s . Hinter dieser von S a v i g n y begründeten Methode steht aber ein bestimmtes Sozialmodell: Der liberale "Nachtwächterstaat", für den Gesellschaft und Staat getrennte Sphären darstellen[1]. Das "Bürgerliche Recht" wird dabei der Ebene des Gesellschaftlichen zugewiesen. Damit muß diese Methode sich die Frage gefallen lassen, ob sie im Lichte eines veränderten Sozialmodells, nämlich des modernen, sozialgestaltenden Staates, noch weiter sinnvoll sein kann, oder ob dieser veränderte Hintergrund zumindest in bestimmten Bereichen zu einem Abrücken zwingt.

b) M a n c i n i geht dagegen vom Gesetz aus. Er propagiert eine Methode, die der der Statutenlehre ähnelt: Der Umfang des Gesetzes soll durch seinen Zweck bestimmt werden. Wie bei B a r t o l u s gibt es für M a n c i n i wieder Rechtsnormen, die ihrem Wesen nach ein extraterritoriales Feld haben, deren Grenzen nicht territorial sondern personal gezogen werden. Das entscheidend Neue ist aber der Grund, der für die Extraterritorialität der Gesetze angegeben wird. Dahinter steht nämlich M a n c i n i s Begriff der Nation, als

> "una società naturale di uomini da unità di territorio, di origini, di costume e di linga, conformati a communanza di vita e di coscienza sociale[2]."

Diese Auffassung findet ihre rechtstechnische Form im modernen Begriff der Staatsangehörigkeit, der in der neuen Konzeption des Staates den Zweck hatte, die Nation rechtlich

---

1) Eine umfassende Darstellung des geistigen Hintergrundes dieser Schule findet sich bei V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.215 ff.

2) M a n c i n i , La nazionalità come fondamento del diritto delle genti, S.3 f.; zur Stellung M a n c i n i s innerhalb der italienischen Lehre s. C a t e l l a n i , RdC Bd.56, 1933 IV, S.716 ff.
Vgl. dazu die Bestimmung des Begriffs "nation" im Nouveau Petit Larousse: "Réunion d'hommes habitant un même territoire, ayant une origine, des traditions communes, les moeurs semblables et le plus souvent une même langue."

zusammenzufassen[1]. Die Verbindung dieser Vorstellung mit der Begrenzung des Privatrechts[2] führt zu dem Postulat, auf bestimmten Sachgebieten die Normen personal zu begrenzen und zugleich auch das fremde Recht an die Staatsangehörigkeit "anzuknüpfen". Die auf dieser Grundlage geschaffenen allseitigen Kollisionsnormen enthalten einen Doppelaspekt: Sie beruhen auf der Achtung der Zugehörigkeit einer Person zu ihrer Gemeinschaft, aber auch auf der Achtung der fremden Gemeinschaft selbst. Der erste Aspekt führt zum System F r a n k e n s t e i n s , der zweite zum völkerrechtlichen - und damit wirklich internationalem - Privatrecht Z i t e l m a n n s .

c) Betrachtet man die Staatenpraxis, so wird man feststellen müssen, daß sie auf dem Kontinent mehr M a n c i n i als S a v i g n y folgte, dessen Einfluß dafür im angelsächsischen Rechtskreis größer war[3].

i) Frankreich, der Staat der Revolution wie der Menschenrechte kodifizierte den Begriff des "citoyen Français" zum ersten Male in der Verfassung vom 3. September 1791, wobei ausdrücklich zwischen "citoyen Français" und "citoyen actif" unterschieden wurde[4]. Der Code Civil

---

1) M a k a r o v , Allgemeine Fragen des Staatsangehörigkeitsrechts, S.7.

2) S a v i g n y kennt ja den Begriff der Staatsangehörigkeit nicht. Er behandelt (aaO., S.39 ff.) die römische Lehre von origo und domicilium, stellt dann (S.90) fest, daß der Begriff der origo im alten Sinne im modernen Recht keine Funktion mehr habe und postuliert weiter (S.95 ff.) den Wohnsitz als "regelmäßigen Bestimmungsgrund ... für das besondere territoriale Recht, welchem jeder Einzelne, als seinem persönlichen Rechte, untergeordnet ist ..." Der Anknüpfung des Art.3 Abs.1 des französischen Code civil mißt er Bedeutung nur für das Gebiet der Handlungsfähigkeit bei (S.99).

3) S. dazu G u t z w i l l e r , Der Einfluß Savignys auf das Internationalprivatrecht, S.109 ff.

4) S. dazu K o r k i s c h , Festschrift für Dölle, Bd.II, S.99.

brachte dann die Verbindung des neuen Prinzips mit dem System der persönlichen Rechte und die bemerkenswerte Trias von "lois personnelles", "lois territoriales" und "lois de sûreté et de police"[1]. Ein Aspekt der Comitas-Lehre, der Grundsatz der Gegenseitigkeit, wirkte aber fort in dem berüchtigten Art.11, der die Rechte des Fremden in Frankreich diesem Grundsatz unterwarf und insoweit von dem großzügigen Entwurf der Regierungskommission abwich. Die französische Rechtsprechung brauchte ein Jahrhundert, um die Auswirkungen dieser Bestimmung zu mildern[2].

ii) In Österreich verlief die Entwicklung weniger gradlinig, wenn sie auch beim gleichen Ergebnis endete[3]. Der Entwurf M a r t i n i s hatte noch alle im Inland weilenden Personen dem inländischen Recht unterstellen wollen, wobei sogar der Vorschlag gemacht worden war, die inländischen Gerichte sollten überhaupt nur die lex fori anwenden dürfen, um auf diese Weise "jedermann die Gerechtigkeit nach gleichem Maß zu erteilen"[4]. Aber die neue Idee setzte sich durch in der Grenznorm des Art.4 ABGB, während Art.34 die gleiche Folgerung für die Fremden nicht zieht, sondern dem ersten Anschein nach eine Anknüpfung an den Wohnsitz enthält. Die Praxis hat aber auch diese Bestimmung im Sinne des Staatsangehörigkeitsprinzips ausgelegt[5].

---

1) K o r k i s c h , aaO., S.95 f. Die personale Grenze des französischen Rechts wurde von P o r t a l i s mit den pathetischen Worten begründet: "Ainsi la loi française, avec des yeux de mère, suit les Français jusque dans les régions les plus éloignées; elle les suit jusqu'aux extrémités du globe ..." (nach K o r k i s c h , aaO., S.96).

2) B a t t i f o l , Les aspects philosophiques du droit international privé, Nr.65, S.144 ff.

3) K o r k i s c h , aaO., S.92 f., 94 f., 97 f.

4) K o r k i s c h , aaO., S.93.

5) S. dazu W a l k e r , V e r d r o ß - D r o ß b e r g , S a t t e r in K l a n g - G s c h n i t z e r Kommentar zum ABGB, Bd.1, 1. Halbband, S.223 ff.

iii) Das französische Beispiel machte Schule, auch andere Staaten begannen die Staatsangehörigkeit gesetzlich zu regeln, das Staatsangehörigkeitsprinzip begann seinen Siegeszug in der Gesetzgebung wie in der Wissenschaft[1].

2. Die Völkerrechtslehre

Wiederum interessiert die Frage, ob die Gedanken der Internationalistischen Schule ein Echo in der zeitgenössischen Völkerrechtslehre fanden, ist dieser Widerhall doch für diese Schule von besonderer Bedeutung. Als repräsentative Figuren sollen B l u n t s c h l i , H e f f t e r und v o n M a r t e n s herausgegriffen werden.

a) Johann Caspar B l u n t s c h l i versuchte das Völkerrecht seiner Zeit als "Rechtsbuch", d.h. als Kodifikation darzustellen[2]. Dieses Ziel verpflichtete ihn, seine Erkenntnisse thesenartig und darum mit größter Genauigkeit zusammenzufassen.

Gerade darum ist es bemerkenswert, daß der Ertrag an Rechtssätzen, die für ein völkerrechtliches Grenz- und Rechtsanwendungsrecht nutzbar gemacht werden könnten, verhältnismäßig dürftig ist.

B l u n t s c h l i geht von der Souveränität aus, die von jedem anderen Staat zu achten sei. Zur Souveränität rechnet er das "Recht selbständiger Gesetzgebung für ... Volk und Land"[3]. Gebietshoheit und Personalhoheit sind für ihn Aspekte der Souveränität[4]. Während er aber aus der Gebietshoheit keine grenzrechtlichen Folgerungen zieht, versucht er im Rahmen der Personalhoheit einige Aussagen. Vorweg stellt er ein völkerrechtliches Verbot der Sklaverei fest, mit der

---

1) Zum heutigen Stand s. N i e d e r e r , Einführung, S.150 ff.

2) "Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt". Hier wird nach der zweiten Auflage von 1872 zitiert. Zur Bedeutung dieses Werkes s. N u s s b a u m , Geschichte des Völkerrechts, S.262.

3) § 68, S.88.

4) Gebietshoheit: § 276, S.166. Für die Personalhoheit ergibt sich dies aus der Überschrift des fünften Buches: "Die Statshoheit im Verhältnis zu den Personen".

Wirkung, daß Rechte an Menschen in keinem Staat geschützt werden dürften[1]. Bei der Bestimmung der Personalhoheit geht er von dem Grundsatz aus, daß es jedem Staat überlassen bleibe, die Voraussetzungen des Erwerbs und Verlustes seiner Staatsangehörigkeit zu bestimmen[2]. Genauere Regelungen gibt er nur als Darstellung üblicher Staatenpraxis, wobei die Qualität dieser Sätze als Rechtsnormen unbestimmt bleibt[3]. Bei Doppelstaatern läßt er die effektive Staatsangehörigkeit in Konfliktsfällen maßgeblich sein[4].
Bei Behandlung der grenzrechtlichen Fragen geht er von der These aus, daß ein Staat über seine im Ausland weilenden Staatsangehörigen keine Gerichtsbarkeit ausüben könne. Dieser Satz dürfte aber dahin zu verstehen sein, daß nur die tatsächliche Vornahme von Gerichtshandlungen im Ausland verboten sein solle[5]. Für das Internationale Privatrecht findet er nur einen Grundsatz: Es sei Sache der staatlichen Gesetzgebung zu bestimmen, ob sie auch für Inländer im Ausland gelte[6]. Den Fremden will er einen Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeit, Familien- und Vermögensrechte nur im Rahmen der Gesetze des Gastlandes zugestehen[7].

---

1) §§ 360 ff., insbes. § 362, S.211 ff.

2) § 364, S.213.

3) Erwerb der Staatsangehörigkeit durch Heirat auf seiten der Frau (§ 365, S.213), Erwerb der Staatsangehörigkeit durch die Kinder (§ 365a, S.213 f.). Im Kommentar zu § 364 nimmt B l u n t s c h l i an, daß sich durch Annäherung der staatlichen Regelungen Vermutungen für ein gemeinsames Recht bilden würden. Eine gemeinsame Staatenpraxis sei aber die Grundlage für die Bildung von Völkerrecht (§§ 15, 16, S.63 f.).

4) § 374, S.218 f.

5) § 378, S.220. In der Kommentierung verweist B l u n t s c h l i auf die §§ 216, 220, in denen von der Gerichtsbarkeit der Gesandten im Gastland die Rede ist.

6) § 379, S.220.

7) § 386, S.224 f.

Die Thesen über das Internationale Steuerrecht sind durch Einschränkungen wie "regelmäßig", "in der Regel" in ihrer Rechtssatzqualität fragwürdig[1].
Verglichen mit V a t t e l ist die Ausbeute bei B l u n t s c h l i also geringer. Bei ihm macht sich über die reine Berufung auf die Staatenpraxis hinaus eine gewisse Unsicherheit bemerkbar, als präzise Völkerrechtssätze treten nur die über die Abgrenzung der Gebietshoheit in tatsächlicher Hinsicht auf (Staatsgrenzen), alles andere befindet sich für B l u n t s c h l i offensichtlich noch in der Entwicklung.

b) Eingehender als B l u n t s c h l i befaßt sich August Wilhelm H e f f t e r [2] mit den Pflichten, die sich für die Staaten aus dem Völkerrecht auf dem Gebiet der Zivilrechtspflege ergeben. Ausgehend von dem jus territoriale[3], das er aus dem Verbot der Vornahme von Hoheitsakten auf fremdem Staatsgebiet versteht[4], erörtert er das Recht auf Achtung[5] und das Recht auf gegenseitigen Verkehr[6].

---

1) § 376 Abs.I (S.219): Regelmäßig bestimme sich die Steuerpflicht nach dem Wohnsitz; Abs.II: Ausnahmsweise könne der Heimatstaat gewisse Steuern fordern.
§ 377 (S.220): In der Regel würden Grundstücke und Gewerbe nur dort besteuert, wo sie belegen seien bzw. ausgeübt würden. Als kategorischen Rechtssatz nimmt er aber an, daß ein Fremder nicht nur auf Grund seines Aufenthalts zu den Landessteuern herangezogen werden dürfe (§ 389, S.226).

2) Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, zitiert nach der Achten Ausgabe, bearbeitet von G e f f c k e n , 1888. Zur Bedeutung s. N u s s b a u m , aaO., S.270.

3) H e f f t e r stellt die Grundrechte der Staaten nach folgendem System dar (S.70 ff.):
I. Recht eines ungestörten eigenen Daseins
   a. Territorialrecht
   b. Recht der Selbsterhaltung
   c. Recht eines freien staatlichen Waltens (Droit de souveraineté)
II. Recht auf Achtung
III. Recht auf gegenseitigen Verkehr.

4) § 29, S.70 ff.

5) § 32, S.76 ff.

6) § 33, S.79 ff.

Das Recht auf Achtung begründe die Pflicht anderer Staaten, auch alles zu achten, was ein Staat auf seinem Gebiet durch Ausübung seiner Hoheitsrechte "geschaffen oder sanctionirt" habe[1], wobei aber grundsätzlich ausländischen Rechtsverhältnissen nicht die gleiche rechtliche Wirksamkeit zuerkannt werden müsse, wie inländischen[2].
Die sich aus dem Recht auf gegenseitigen Verkehr ergebenden Pflichten sind in H e f f t e r s Darstellung aber sehr unbestimmt, und gipfeln in dem Satz, daß die völlige Isolierung eines Staates ihn vom "Genusse des Völkerrechts" ausschließe[3]. Jeder Handel und Verkehr, der den allgemeinen Menschenrechten entgegenstehe, sei aber geächtet. Sanktion für diesen Verstoß sei die Ermächtigung (nicht aber Verpflichtung) eines Staates, solchen Handel zu stören[4].
H e f f t e r erkennt, daß Territorialprinzip und Unabhängigkeit einerseits, sowie Recht auf Achtung und Verkehr andererseits zueinander antinomisch stehen[5]. Schon das Recht auf Achtung verbiete es, Hoheitsakte und Rechtsverhältnisse fremder Staaten völlig unbeachtet zu lassen[6].
Im einzelnen stellt H e f f t e r folgende These auf[7]:

i) Jeder Staat könne seinen Angehörigen im Inland wie im Ausland Rechtsbefehle erteilen; er könne aber auch das Verhalten von Ausländern auf seinem eigenen Staatsgebiet regeln.
Daher erfasse die Strafgewalt alle Personen im Inland, aber auch alle eigenen Angehörigen im Ausland[8]. Weiter sei ein Staat berechtigt, den "bürgerlichen Stand seiner Unterthanen, so wie die Rechte und Verpflichtungen einer Person als solcher gegen andere, nebst denen der persönlichen Repräsentation und Succession zu bestimmen"[9].

---

1) S.77. 2) AaO.
3) S.80. 4) S.81.
5) Er behandelt dieses Problem unter dem Titel: "Modalitäten der allgemeinen Rechte der Einzelstaaten im gegenseitigen Verhältnis untereinander", S.82 ff.
6) AaO. 7) S.84 ff.
8) S.85 f. 9) S.91.

Dieser Rechtsbereich der Personalhoheit wirke aber anderen Staaten gegenüber nicht absolut, der fremde Staat könne diese Rechtsverhältnisse "in der Anwendung auf Zustände, Personen und Sachen seines Gebietes modificieren oder ganz bei Seite setzen"[1]. Soweit ein Staat dies aber nicht ausdrücklich tue, belasse er es beim Heimatrecht.
Es ist bemerkenswert, daß H e f f t e r also eine absolute Verpflichtung, an dem Personalstatut anzuknüpfen, nicht annimmt.

ii) Ein Staat könne die Bedingungen, unter denen sich ein Rechtsverhältnis auf seinem Gebiet auswirke, selbst souverän festsetzen, das gleiche gelte für die Rechtsverhältnisse seiner Angehörigen im Ausland. "Dagegen kann er keiner ihm fremden Person oder Sache so lange sie dieses ist und bleibt, ein Gesetz vorschreiben"[2]. Bereits im Strafrecht geht er aber über die Einschränkung hinaus, indem er das Recht eines Staates anerkennt, von Ausländern im Ausland begangene Straftaten zu ahnden, die sich gegen die "Existenz und wichtigsten politischen Interessen" des Staates richten[3].
Für den Bereich des bürgerlichen Rechts geht er zwar davon aus, daß die völlige Mißachtung der in einem anderen Staat begründeten Rechtsverhältnisse sowohl das Individualrecht der menschlichen Person als auch die "Bruderautorität" des anderen Staates verletzen würde, kommt aber dann zu dem Ergebnis, daß ein Staat vom Völkerrecht nicht gehindert werde, fremden Rechtsverhältnissen jede Wirkung für sein Gebiet zu versagen[4].
Bei der Darstellung des Internationalen Sachen- und Schuldrechts stellt daher H e f f t e r auch nur ge-

---

1) AaO.

2) S.84.

3) S.86.

4) S.89. Nur wenn ein Staat ausdrückliche Bestimmungen nicht getroffen habe, sei es anzunehmen, daß er dem fremden Rechtsverhältnis die gleiche Wirkung zukommen lassen wolle, wie das fremde Recht selbst.

wisse Erfahrungsregeln fest, unter Betonung, daß das Völkerrecht imperative Regeln dafür nicht enthalte[1].

iii) Jeder Staat sei befugt, Rechtsverhältnisse, die vor seine Gerichte gebracht würden, von diesen entscheiden zu lassen und zwar nach dem Verfahren, das er seinen Gerichten bestimmt habe[2]. Das Völkerrecht begründe keine Pflicht, rechtskräftige Entscheidungen ausländischer Gerichte anzuerkennen, nur ein Gebot der Billigkeit führe zur Anerkennung, soweit der anerkennende Staat dem Gericht des Rechtsstreits Kompetenz zuerkennen könne[3].

Die Ausbeute an subsumtionsfähigen Völkerrechtssätzen ist also auch hier dürftig. Die einzige allgemein verbreitete Rechtsposition ist die Handlungsfreiheit der Staaten im gesamten Bereich der Rechtspflege, für Rechtssätze, die die staatliche Freiheit beschränken, bestehen allenfalls Ansätze[4]. Bemerkenswert ist, daß H e f f t e r das Grundrecht auf Achtung zwar an die Spitze der gesamten Betrachtung stellt, dieses Recht aber nicht als so konkretisierbar ansieht, daß sich daraus Pflichten für den hier interessierenden Bereich gewinnen ließen.

c) Ein ganz anderes System entfaltet Friedrich von M a r t e n s [5]. Er wendet sich ausdrücklich dagegen, das Völkerrecht auf die Souveränität der Staaten zu gründen und verlangt statt dessen von der internationalen Gemeinschaft

---

1) S.91 ff. Es handelt sich um die auch in der Zivilrechtslehre anerkannten allgemeinen Maximen.

2) S.84, 94 f.

3) S.94 f.

4) So bemerkt G e f f c k e n (S.90, Fn.1): "Das internationale Privatrecht ist noch sehr im Werden begriffen. Sein Ziel ist nicht sowohl Unification der Gesetzgebung, als jede rechtliche Handlung unter die Herrschaft eines bestimmten Gesetzes zu stellen. Es soll also den Inbegriff der Normen geben, welche es dem Einzelnen ermöglichen, für jede Rechtshandlung ein bestimmtes Gesetz als das zutreffende zu betrachten, welches dann auf die Handlung angewandt wird, einerlei, welcher Richter sie zu beurteilen hat."

5) Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen. Deutsche Ausgabe von Carl B e r g b o h m , Berlin 1883, 2 Bde.

auszugehen[1]. Diese Gemeinschaft ergebe sich aus der Notwendigkeit, den vernünftigen Zweck des Staates, nämlich die allseitige Entwicklung seiner Untertanen zu fördern, durch den internationalen Verkehr zu fördern. Die internationale Gemeinschaft sei nicht eine civitas maxima, sondern eine Zweckgemeinschaft[2].

Aus diesem Grunde gibt es für M a r t e n s eine internationale Verwaltung, deren Gegenstand "die Gesammtheit aller staatlichen Aufgaben und Rechtsverhältnisse, welche die Landesgrenzen eines Staates überschreiten" bildet[3]. Internationales Privat- und Strafrecht gehören daher zusammen zur "internationalen Verwaltung im Gebiet der rechtlichen Interessen der Individuen und Völker"[4]. Die Verpflichtungen, die den Staaten daraus entstehen, leitet er aus dem "Begriff der völkerrechtlichen Gemeinschaft der Culturstaaten" ab[5].

Daraus ergeben sich folgende Leitgrundsätze:

1) Jeder Staat sei rechtlich verpflichtet, jedes auf Grund der Gesetze irgendeines Staates entstandene subjektive Recht durch seine Gerichte anzuerkennen[6].

---

1) Bd.I § 45, S.199 ff., S.200: "Die internationale Gemeinschaft ist die freie Verbindung unter den Staaten zur Erreichung der höchsten Ausbildung ihrer Kräfte und Befriedigung ihrer vernünftigen Bedürfnisse durch gemeinsame Thätigkeit. Der Inbegriff der Rechtsnormen, welche die fortwährende Verwirklichung der Gemeinschaftsidee reguliren, bildet das Recht der internationalen Gemeinschaft. Und dies ist das Völkerrecht."

2) Bd.I, S.201. Zu dieser Gemeinschaft gehören aber nur die Völker "europäischer Civilisation". Die anderen Völker können in diese Gemeinschaft nur dadurch eintreten, daß sie "sich alle Grundelemente der europäischen Bildung und Cultur aneignen" (Bd.I, S.203).

3) Bd.II, S.3.

4) So die Überschrift zum Zweiten Abschnitt des zweiten Bandes, S.273.

5) Bd.II, S.288: "Aus dem Begriff der völkerrechtlichen Gemeinschaft der Culturstaaten fliessen folgende dogmatische Grundsätze, die als Masstab bei der Entscheidung der Specialfragen des internationalen Privatrechts zu dienen haben."

6) Bd.II, S.289.

ii) Es gebe nur ein internationales Privatrecht, das in jedem "civilisirten" Staat geltendes Recht sei, auch soweit dort geschriebene Normen nicht bestünden[1].

iii) Ob auf einen Fall ein ausländisches oder ein inländisches Gesetz anzuwenden sei, habe ein Gericht nach den Prinzipien dieses internationalen Privatrechts zu entscheiden. Es dürfe aber kein Recht schützen, das nach den Gesetzen seines Landes für "ungesetzlich und unmoralisch" erklärt worden sei[2].

iv) Um die Rechtssicherheit auf dem Gebiete der Zuständigkeit wie der der Rechtsanwendung selbst zu fördern, sei der Abschluß internationaler Konventionen zu fordern[3].

Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen stellt M a r t e n s nun die Staatenpraxis auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts und Zivilprozeßrechts dar, wobei er - ausgehend von seinem Dogma, daß es nur ein allgemeines internationales Privatrecht gebe - zwischen falschem und richtigem Recht unterscheidet. So lehnt er das Wohnsitzprinzip als unrichtig ab[4].

---

1) Bd.II, S.289: "Denn in der That gehören zum Landesrecht nicht nur die formellen Gesetzesbefehle, das Gewohnheitsrecht und die von der Gerichtspraxis erzeugten Grundsätze, sondern auch diejenigen Rechtssätze, welche aus der Natur der betreffenden, vom Staate erlaubten Verhältnisse selbst entspringen und die Norm derselben bilden. Von dieser Art sind namentlich die Principien des internationalen Privatrechts, welche die Beziehungen zwischen den Angehörigen verschiedener Staaten im Bereich des privaten internationalen Geschäftslebens und Verkehrs normieren. Indem er den Verkehr zuläßt, verpflichtet der Staat eo ipso seine Gerichte, auf die erwähnten Verhältnisse diejenigen ausländischen Gesetze anzuwenden, unter deren Herrschaft sie entstanden sind oder welche die Contrahenten ihrerseits im Auge hatten ..."
(Hervorhebung im Original)

2) S.290 ff.

3) S.291.

4) S.296 für das allgemeine Personenrecht, S.320 für das Erbrecht.

Bei der Darlegung des Systems des Internationalen Privatrechts beruft sich M a r t e n s weitgehend auf die Entschließungen des "Institut de Droit international".[1]
Es ist also in hohem Grade vom Zeitgeist getragen.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß Friedrich von M a r t e n s der universalistischen Schule des Internationalen Privatrechts am nächsten kommt. Dafür entspricht sein IPR aber auch der Natur der Sache und nicht dem Völkerrecht im Sinne eines Produktes besonderer Rechtsquellen. Andererseits kommen die Theoretiker des Völkerrechts über einige, ganz wenige, für das IPR relevante Sätze nicht hinaus. So darf wiederholt werden: Das Problem der universalistischen Schule ist nicht das des völkerrechtlichen, sondern das des richtigen Internationalen Privatrechts.

---

1) S.293, 295, 303, 317.

§ 11

Die nationalistische Schule

I. Darstellung

1. Als repräsentativer Vertreter sei Franz K a h n herausgegriffen. In seinem Aufsatz: "Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts"[1] setzt er sich mit der völkerrechtlichen Schule, insbesondere mit Z i t e l m a n n , auseinander. Sein Angriff gilt der Grundthese Z i t e l m a n n s , es gebe in jedem Falle nur einen Staat, der kraft Völkerrechtes die Gesetzgebungskompetenz habe. Gegen diesen Exklusivitätsgrundsatz werde in der Staatenpraxis so häufig verstoßen, diese Verstöße würden so selten gerügt, daß ein solcher Satz dem Völkerrecht nicht angehören könne[2].

Nach Ansicht K a h n s legt das Völkerrecht den Staaten gewisse Schranken in der Gestaltung ihres Internationalen Privatrechts auf, die Meinung, es gebe überhaupt keine Bindungen, lehnt er ausdrücklich ab[3]. Diese völkerrechtlichen Pflichten leitet er allerdings nicht aus allgemeinen Prinzipien ab, sie seien der "internationalen Übung und Überzeugung" zu entnehmen[4].

---

1) Der Aufsatz ist zuerst erschienen in Iherings Jahrbüchern, Bd.40 (1899) S.1 ff. Er wurde aufgenommen in das Sammelwerk: "Franz K a h n , Abhandlungen zum internationalen Privatrecht" (Bd.I, S.255 ff. Hier wird nach dem Sammelwerk zitiert).

2) AaO., S.282 ff.

3) Dieser Ansicht war G e b h a r d , der Redakteur des ersten Entwurfs zum IPR des BGB, s. unten S. 191 .

4) S.286: "Sie (scil.: die völkerrechtlichen Schranken) bestehen aus dem Komplex derjenigen Regeln, welche im Gemeinschaftsinteresse der Kulturstaaten bei Aufstellung von Kollisionsnormen übereinstimmend beobachtet werden, und auf deren Beibehaltung die Staatengemeinschaft ein Recht erworben hat."

Folgende Regeln ergeben sich nach K a h n aus dem Völkerrecht[1]:

(1) "Kein Staat ist befugt, die Anwendung fremden Rechts vor seinen Gerichten allgemein und grundsätzlich zu verweigern."

(2) "Jeder Staat ist verpflichtet, überhaupt ein internationales Privatrecht zu haben. Er muß bei Anwendung fremden Rechts nach gewissen (völkerrechtlich nicht näher zu präzisierenden) von ihm für zweckmäßig erfaßten Rechtsregeln verfahren, und nicht nach reiner Willkür."

(3) "Für den Inhalt der Immobiliarsachenrechte ist die lex rei sitae maßgebend."

(4) "Es ist unzulässig, das inländische Familien- und Erbrecht grundsätzlich schon auf solche Personen anzuwenden, welche sich nur ganz vorübergehend im Lande aufhalten."

Darüber hinaus gibt es aber für K a h n noch einen "internationalen ordre public", der von allen Kulturstaaten, d.h. allen Staaten, die am internationalen Handel und Wandel teilnehmen, zu beachten sei[2]. Dieser internationale ordre public sei Bestandteil des positiven Völkerrechts. Er verbiete etwa, Strafrechtsnormen aufzustellen, die Folterung und Verstümmelung vorsehen und Institute wie die zivile Rechtlosigkeit der "Ketzer", die Sklaverei, die bürgerliche Schuldhaft[3]. Würde ein Staat solche Rechtssätze setzen, so verstieße er gegen das Völkerrecht und kein Staat wäre gehalten,

---

1) S.286 f.

2) S.288: "Jede Nation übernimmt mit den Vorteilen und Rechten, welche ihr durch den internationalen Handel und Wandel erwachsen, auch die entsprechenden Pflichten und Lasten; sie verliert einen Teil ihrer Handlungsfreiheit zugunsten der internationalen Gemeinschaft. Letztere hat Anspruch darauf, daß kein Einzelstaat von seiner Gesetzgebungsgewalt einen rein willkürlichen Gebrauch mache, derart, daß die im Weltverkehr hergebrachten Übungen und Gepflogenheiten einfach über den Haufen gerannt würden."

3) S.288 f.

solche Normen als rechtsgültig anzuerkennen[1]. Ein umfassenderes völkerrechtliches IPR könne nur durch Verträge geschaffen werden. Dabei bestünde dann die Hoffnung, daß die Vertragsnormen in das Gewohnheitsrecht übergehen könnten, dann nämlich, wenn sich Staaten, die nicht Vertragspartner sind, der Übung anschlössen[2].

Auf die Frage nach dem inneren, sachlichen Grund der Anwendung fremden Rechts, gibt er folgende Antwort[3]:
Fremdes Recht wird angewendet
(1) aus Gründen der internationalen Rechtssicherheit, weil die gleichmäßige Behandlung eines Falles gerechter erscheint, als die Beurteilung nach der eigenen Rechtsordnung auch wenn die Lösung nach der letzteren als die materiell gerechtere erscheinen würde;
(2) um der Gegenseitigkeit willen, damit auch andere Staaten in vergleichbaren Fällen das eigene Recht anwenden.
Denn: "Ideal und Ziel alles internationalen Privatrechts ist die Gesetzesharmonie."[4]

Gerade für die Anhänger der nationalistischen Schule gelte das Gebot, bei Schöpfung wie Auslegung der Kollisionsnormen darauf zu achten, daß das Prinzip der Ausdehnungsgleichheit zwischen dem eigenen und dem fremden Recht nicht ohne Not aufgegeben wird[5].

2. Der Gesetzgeber des EGBGB

Das im EGBGB kodifizierte deutsche Internationale Privatrecht besteht überwiegend aus einseitigen oder unvollkommen zweiseitigen Kollisionsnormen. Bei einem Gesetzgebungswerk von diesem Range drängt sich die Frage auf, ob hinter diesem Phänomen ein Leitgedanke steht, etwa eine Theorie der einseitigen Kollisionsnormen, wie sie zu dieser Zeit bereits von S c h n e l l vertreten wurde[6].

---

1) S.290.
2) S.291 f.
3) S.309.
4) AaO., S.310.
5) S.311.
6) ZfintPStR. Bd.V (1895) S.337 ff.

a) Der ersten Kommission lag der G e b h a r d s c h e Entwurf vor, der von ihr mit gewissen Abänderungen angenommen wurde. Sowohl G e b h a r d als auch die Kommission gingen von der Erwägung aus, durch keine völkerrechtlichen Pflichten gebunden zu sein, die Kommission erwog lediglich, ob die Kollisionsnormen überhaupt einen Teil des BGB bilden sollten[1]. Durch eine im einzelnen nicht geklärte Intervention Bismarcks kam dieser Entwurf aber überhaupt nicht an die Öffentlichkeit[2].

b) Die zweite Kommission stellte auf Grund des erwähnten Entwurfs ein Sechstes Buch des BGB zusammen. Es sollte wiederum aus allseitigen Kollisionsnormen bestehen[3]. Der zuständige Bundesratsausschuß für das Justizwesen strich eine Reihe von Vorschriften des Entwurfs ersatzlos und wandelte die Mehrzahl der allseitigen Kollisionsnormen in einseitige um. Die Vorlage des Bundesrats wurde vom Reichstag ohne Einwurf und Frage angenommen[4].

---

1) N i e m e y e r , Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1901, S.4.

2) N i e m e y e r , aaO., S.4 f., nimmt an, daß Bismarck durch diplomatische Erwägungen zu diesem Schritt veranlaßt worden sei. Vgl. dazu auch das Diktum der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts im Beschluß vom 12.10. 1903 (RGZ Bd.55, S.345 ff., S.153):
"... den Entwurf eines Gesetzes über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen wies - offenbar wegen des darin zum Ausdruck gebrachten kosmopolitischen Standpunktes - der Reichskanzler zurück, sodaß er sogar jede Veröffentlichung schlechthin untersagte."

3) N i e m e y e r , S.8 ff. Einen eingehenden Vergleich dieses Entwurfs mit der Bundesratsvorlage unternahm A r o n in ZfintPStR Bd.VI (1896), S.1 ff.

4) N i e m e y e r , S.5.

Aus diesem Grunde wäre es von größter Bedeutung, die Motive des Bundesrats zu kennen. Sie lassen sich aber nicht ermitteln, denn die Protokolle des zuständigen Bundesratsausschusses gelangten niemals an die Öffentlichkeit[1]. N i e m e y e r nimmt an, daß der Bundesratsausschuß von außenpolitischen, diplomatischen Gründen geleitet wurde; ein rechtliches Leitprinzip sei nicht zu erkennen, daher dürften aus dieser Streichung auch keine methodischen Folgerungen in Richtung eines Systems einseitiger Kollisionsnormen gezogen werden[2]. Die Praxis ließ sich auch vom Gesetzestext nicht weiter beeinflussen, sondern wandelte die meisten der einseitigen Kollisionsnormen in allseitige um[3]. Aus dem EGBGB kann also ein System der einseitigen Kollisionsnormen nicht gebildet werden.

---

1) N i e m e y e r , S.19; M e l c h i o r , S.33.

2) N i e m e y e r , S.19 ff. und S.27.

3) (1) Art.8 EGBGB ist eine allseitige Kollisionsnorm nach Ansicht des BGH (Urteil vom 7.12.55, BGHZ 19, S.240 ff.) Grund: Das Interesse des im Ausland lebenden deutschen Staatsangehörigen, der u.U. keine Beziehungen zur Heimat mehr hat. Der Schutzzweck der Entmündigung würde erschwert, wenn in all diesen Fällen nur ein deutsches Gericht entscheiden könnte.

(2) Der (jetzt aufgehobene) Art.10 wurde vom RG (Urteil vom 16.12.1913, RGZ 83,367) nur als Ausnahmetatbestand von der Regel verstanden, daß die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen allgemein anzuerkennen sei.

(3) In gleicher Weise interpretiert das RG (Urteil vom 30.5.1919, RGZ 96,96 ff, 98) Art.12 nur als Ausnahmetatbestand von dem Grundsatz, die lex loci delicti commissi anzuwenden.

(4) Die unvollkommen zweiseitige Vorschrift des Art.13 Abs.1 wurde vom RG in einem Urteil vom 16.5.1931 (RGZ 132,416) auch auf die im Ausland geschlossene Ehe von Ausländern erweitert, mit der Begründung (S.417 f.): "Nach dem Grundsatz, daß Deutschland jedem Staat die Souveränität über seine Staatsangehörigen einräumt, soweit es sie auch für seine eigenen Staatsangehörigen in Anspruch nimmt, ist eine Eheschließung von Ausländern in ihrem Heimatstaat nach ihren Heimatgesetzen zu beurteilen."

(5) Zu Art.14 stellte das RG in einem Urteil vom 15.2. 1906 (RGZ 62,400) fest, daß die Lücke, die diese Bestimmung lasse, nach den allgemein anerkannten Rechtsgrund-

sätzen auszufüllen sei. Die allgemeine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit hinsichtlich der persönlichen Ehewirkungen erlaube die Analogie; dies werde noch dadurch unterstützt, daß das Deutsche Reich den vom Staatsangehörigkeitsprinzip beherrschten Haager Abkommen beigetreten sei.

(6) Ebenso wird durch Bezug auf die Haager Abkommen aus Art.15 Abs.1 EGBGB ein allgemeiner Grundsatz abgeleitet (RG vom 10.1.1918, RGZ 91,403 ff., 407).

(7) Art.18 wandte das RG (Urteil vom 11.11.1937, JW 1938, S.108) ohne weitere Begründung entsprechend auf die Bestimmung der ehelichen Abstammung eines ausländischen Kindes von ausländischen Eltern an. Es folgte einer einheitlichen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. So hatte das OLG Frankfurt (Urteil vom 17.12.1925, IPRspr. 1926/27, Nr.77) den Satz aufgestellt: "Artikel 18 EGBGB ist ein Anwendungsfall des allgemeinen Rechtssatzes, daß die Frage, ob ein Kind ehelich geboren ist, nach dem zur Zeit der Geburt vorhandenen Personalstatut der Mutter zu beurteilen ist." Woher das Gericht diesen allgemeinen Satz nimmt, verrät es nicht.

(8) Art.19: In einem Urteil vom 20.2.1913 (RGZ 81,373, 377 f.) hatte das RG die Analogie zu Art.19 noch offen gelassen. In einem Urteil vom 23.5.1927, IPRspr. 1926/27, Nr.79 stellte es fest: "Es ist aber unbedenklich, aus ihr (scil. Artikel 19) den der Lehre des internationalen Privatrechts entsprechenden allgemeinen Rechtssatz zu entnehmen, daß über die Rechte der Eltern gegenüber einem ehelichen Kinde das Recht des Staates entscheidet, dem der Vater angehört." Ob auch die Anknüpfung an das Recht der Mutter, nach dem Tode des Vaters, zur allseitigen Kollisionsnorm auszubauen ist, wurde bisher noch nicht eindeutig entschieden. Die Lehre nimmt jedoch auch für diese Fälle eine allseitige Kollisionsnorm an (S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz. 3 zu Art.19).

(9) Zu Art.20 meinte das RG (Urteil vom 13.5.1911, RGZ 76,283), es gebe einen allgemein anerkannten Grundsatz des IPR, daß das Rechtsverhältnis zwischen unehelichem Kind und Mutter nach den Gesetzen des Staates zu beurteilen sei, dem die Mutter angehöre. Artikel 20 stelle dies für den Fall fest, daß die Mutter eine Deutsche sei.

(10) Aus Artikel 22 EGBGB schuf das RG (Urteil vom 11.7. 1929, RGZ 125,265) eine allseitige Kollisionsnorm mit der lakonischen Verweisung auf die "gemeine, auch in der Rechtsprechung anerkannte Meinung".

(11) Zu Artikel 24 und 25 läßt sich ohne weiteres die Analogie nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip ziehen. Das stellte das RG durch Urteil vom 8.11.1917 (RGZ 91, 139) für die Beerbung von Ausländern mit Wohnsitz im Ausland fest.

II. Die Grundlagen der nationalistischen Schule

Heinrich T r i e p e l hatte 1899 in seinem Werk: Völkerrecht und Landesrecht mit äußerster Genauigkeit den Unterschied von Völkerrecht und Landesrecht ermittelt und hervorgehoben, daß es sich dabei um verschiedene Rechtsordnungen mit verschiedenen Rechtssubjekten und Rechtsquellen handle, die auch verschiedene Gegenstände regeln. Das Völkerrecht könne nur Pflichten der Staaten begründen, nicht aber unmittelbar den staatlichen Richter verpflichten.
Daraus ergibt sich auch für ihn eine ganz klare Bestimmung des Verhältnisses von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht[1]:

(1) Unabhängig davon, ob man die Norm des Internationalen Privatrechts als Befehl an den Richter oder als Normierung des Lebensverhältnisses selbst auffasse, sei es nur Landesrecht;
(2) das Völkerrecht könne Pflichten der Staaten gegenüber anderen Staaten enthalten, fremdes Recht anzuwenden; solche Sätze würden aber nur an die Staaten gerichtet sein, nur zwischen ihnen Rechte und Pflichten begründen;
(3) "Darum sind jene Normen nicht internationales, vielleicht auch nicht Privatrecht, diese aber zweifellos Internationales, wenn auch sicher kein Privatrecht."

Die Frage nach völkerrechtlichen Pflichten der Staaten auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts wird zur Frage nach der Rechtsquelle, und, da nur das Gewohnheitsrecht hier interessiert, zur Frage nach der Staatenpraxis. Hier war es - zumal wenn man, aus welchen Gründen auch immer - die tatsächlich vorhandenen Präzedenzfälle[2] ignorierte, leicht, das

1) AaO., S.25
2) Unten, S.

völlige Desinteresse der Staaten zu behaupten und damit nachzuweisen, daß zwischen den beiden Rechtsdisziplinen keinerlei Beziehungen bestünden. Die Entwicklung gipfelt in dem Bilde, das Verhalten der Staaten im Bereiche des Internationalen Privatrechts habe noch nie auch nur das leiseste Stirnrunzeln eines Diplomaten erregt[1].

---

1) Das Bild stammt von A u b r y (Clunet Bd.28, 1901, S. 82):
"Chose étrange, les conflits de lois n'ont jamais eu pareille destinée (nämlich als casus belli), et malgré toutes les solutions arbitraires ou fantaisistes qu'ils ont pu recevoir, ils n'ont jamais troublé les relations de la politique extérieure ni provoqué même le plus léger froncement de sourcil d'un diplomate."
Das Bild wurde aufgenommen von A g o (Lezioni di diritto internazionale privato, S.43) und W i e t h ö l t e r , (Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts, S.91).

§ 12

Die absoluten Systeme

Zwei Systeme versuchen, das Internationale Privatrecht von einem Prinzip her aufzubauen. Sie sind eng einander verwandt und eigentlich nur vom Blickpunkt aus verschieden: das System der einseitigen Kollisionsnormen und das System der wohlerworbenen Rechte.

I. Das System der einseitigen Kollisionsnormen

Dieses System vermochte sich in keiner der vorhandenen Rechtsordnungen der Welt durchzusetzen, es findet aber in der Theorie immer wieder warme Befürworter[1].

Die technische Grundkonzeption dieser Lehre ist sehr einfach: Der Richter, der mit einem Fall befaßt wird, der Auslandsbeziehungen enthält, überprüft den Umfang aller Rechtsordnungen zu denen der Fall in irgendeiner Beziehung steht, d.h., er überprüft die Grenznormen aller dieser Rechtsordnungen. Ergibt diese Prüfung, daß der Fall von einer, und nur einer Rechtsordnung geregelt wird, so ist die Frage, welches Recht anzuwenden sei, entschieden. Der Fall wird nach den von dieser Rechtsordnung gelieferten Entscheidungsmaximen geregelt[2].

1) Diese Technik kann zur Entscheidungsharmonie aber nur dann führen, wenn die Grenznormen der verschiedenen Rechtsordnungen gleich sind, d.h. wenn alle Rechtsordnungen nach dem gleichen Prinzip abgegrenzt werden. Da dies aber offensichtlich nicht der Fall ist, muß die Lehre der einseitigen Kollisionsnormen noch einen zweiten leitenden Topos heranziehen. Diese Konsequenz hat N i b o y e t in aller Schärfe gezogen, und

---

1) So z.B. N i p p e r d e y in Enneccerus-Nipperdey, Bd.I, S.391 f.: "Vielmehr wäre es gerade als ein vortrefflicher Rechtszustand zu bezeichnen, wenn alle einzelnen Staaten zunächst nur die Anwendung des eigenen Rechts bestimmten, dabei aber in so vollständiger Harmonie verführen, daß jeder zugleich die Anwendung der fremden Rechte in den von diesen bestimmten Grenzen vorschreiben könnte und wirklich vorschriebe." (aaO., S.392).

2) N i b o y e t , Traité de Droit international privé, Bd.III S.260 f.; P i l e n k o , Ius gentium, Bd.V (1954), S.34 ff., S.50 f.

den Grundsatz der Territorialität des Rechts postuliert[1]. Der Staat, der den Umfang seines Rechts auf sein Staatsgebiet begrenzen muß, wird dafür aber auch belohnt, denn die auf Grund dieser so begrenzten Rechtsordnung entstandenen Rechte müssen überall anerkannt werden, das gebietet die Pflicht zur Achtung der fremden Souveränität[2]. Die Verbindung von Territorialitätsprinzip und einseitiger Kollisionsnorm schafft die perfekte Entscheidungsharmonie. Die zufällige Tatsache des Forums ist ohne jede Bedeutung für die materielle Entscheidung.

2) Solange aber die Harmonisierung der Grenznormen fehlt, ist das Problem des positiven wie des negativen Normenkonfliktes nicht zu umgehen.

a) Den positiven Konflikt zwischen der lex fori und anderen Rechtsordnungen lösen N i b o y e t [3], P i l e n k o [4] und

---

1) N i b o y e t , R.C.D.I.P., Bd.39 (1950), S.509 ff., S. 526: "La territorialité est d'une part, la chose la plus normale qui soit parce qu'après tout, les lois sont faites pour s'appliquer dans le pays qui les édicte et à l'occasion de ce qui s'y passe. La territorialité implique le moindre sacrifice pour chaque État, de sorte que c'est elle qui doit être la plus facile à obtenir."

2) N i b o y e t , aaO., S.526 f.: "Respect maximum des droits de chaque État et de sa souveraineté dans ce qu'elle a d'essentiel, mais aussi irradiation universelle des effets de cette souveraineté, voilà, nous semble-til, des résultats non pas négatifs mais essentiellement positifs de la méthode que nous proposons. En définition, la notion de l'effet international des droits apporte une correction à celle de la territorialité et supprime les plus des inconvénients qui peuvent lui être reproché."

3) Traité III, S.257 ff.

4) AaO., S.54.

V i v i e r [1] zugunsten der lex fori, M e i s t e r [2] will dagegen den Konflikt aus einer Wertung der von den beteiligten Rechtsordnungen verfolgten Zwecke lösen. Liegt aber ein positiver Konflikt zwischen fremden Rechten vor, so soll nach N i b o y e t [3] das Recht angewendet werden, das sich der lex fori inhaltlich am meisten annähert, P i l e n k o war zuerst der Ansicht, hier müsse eine allseitige Kollisionsnorm eingreifen, also ein Rechtsanwendungsbefehl[4], später wollte er das Recht angewendet wissen, dessen Grenznormen der lex fori am nächsten stehen[5]. Auch V i v i e r verlangt für diese Fälle eine allseitige Kollisionsnorm, wobei er betont, daß eine ungewöhnliche Anknüpfung des fremden Rechts nicht beachtet werden dürfe[6].

b) Für den Fall des negativen Konflikts gehen alle Theorien davon aus, die lex fori anzuwenden, um eine Rechtsverweigerung zu vermeiden[7].

Als Ergebnis läßt sich somit feststellen, daß auf dem Wege über die einseitigen Kollisionsnormen die Entscheidungsharmonie nicht erreicht werden kann. Vielmehr wird praktisch ein

---

1) R.C.D.I.P. Bd.42 (1953), S.660 f. Wenn die lex fori den Fall regelt, so liegt für V i v i e r überhaupt kein Konflikt vor, denn die Grenznorm ist ein Bestandteil der materiellen Norm, deren Umfang sie bestimmt.

2) AcP Bd.158 (1959-60) S.27 f.

3) Traité III, S.257 ff.

4) AaO., S.55.

5) Das Recht, "dont les spatialités sont basées sur des principes les plus proches de ceux qui régissent les spatialités fori", nach einem nicht veröffentlichten Manuskript zitiert von W i e t h ö l t e r , Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts, S.30.

6) R.C.D.I.P., Bd.42, (1953), S.671 f.

7) N i b o y e t , Traité III, S.252 f., V i v i e r , aaO., S.670, P i l e n k o , aaO., S.54. P i l e n k o spricht in diesem Zusammenhang von der "compétence supplétive" der lex fori.

Übergewicht der lex fori eintreten, die sowohl bei positivem wie bei negativem Normenkonflikt dominieren soll[1].

II. Der Grundsatz des wohlerworbenen Rechts

Zwischen dem Grundsatz der Beachtung wohlerworbener Rechte und der Theorie der einseitigen Kollisionsnormen besteht ein enger innerer Zusammenhang. Beide verhalten sich zueinander wie subjektives und objektives Recht, denn die "Anerkennung" eines subjektiven Rechts setzt die Anwendung des objektiven Rechts voraus. Das wird besonders deutlich an der Zusammenfassung der englischen Version dieser Theorie durch D i c e y [2]:

"General Principle I:

Any right which has been duly acquired under the law of any civilized country is recognized and, in general, enforced by English Courts."

"General Principle V:

The nature of a right acquired under the law of any civilized country must be determined in accordance with the law under which the right is acquired."

Als absolutes System kann die Lehre von den wohlerworbenen Rechten aber nur wirken, wenn aus jedem Lebensvorgang nur e i n subjektives Recht entstehen kann, in der Sprache des Restatement: Wenn über einen bestimmten Lebensvorgang nur e i n e Rechtsordnung "legislative jurisdiction" hat. Auf

---

1) Daß die Theorie der einseitigen Kollisionsnormen zu erheblichen technischen Schwierigkeiten führt, weist W i e t h ö l t e r , aaO., S.43 ff., überzeugend nach. Man wird aber den Grundgedanken dieser Systeme keinesfalls mißachten dürfen, er ist jedenfalls auch für das herrschende System in dreifacher Hinsicht wichtig:
1. In der Beachtung der Rück- und Weiterverweisung, s. dazu unten, S.211;
2. bei den nicht "funktionell-typischen" Rechtsinstituten, so B r a g a , RabelsZ Bd.23 (1958), S.427;
3. bei den hoheitlichen Staatseingriffen in Privatrechtsverhältnisse.

2) S.23 und S.59 der 3. Auflage.

Grund dieser notwendigen Voraussetzung steht die Theorie aber vor der gleichen Aporie wie die Lehre von den einseitigen Kollisionsnormen: Solange der Umfang des objektiven Rechts nicht nach einheitlichen Kriterien abgesteckt wird, besteht die Gefahr, daß der gleiche Sachverhalt von verschiedenen Rechtsordnungen erfaßt wird, die verschiedene Rechte zur Entstehung bringen[1]. Die Kapitulation dieser Theorie vor der Wirklichkeit wird augenfällig in der Veränderung, die Dicey's principles durch M o r r i s erfahren haben[2]. Das general principle No.V wurde gestrichen und das principle I lautet jetzt:

> "Any right, power, capacity, disability or legal relationship, which has been created by the law of any civilised country applicable according to the English rules of the conflict of laws ist recognised and, in general, enforced by English courts, and no right, power, capacity, disability or legal relationship which has not been so created is enforced or, in general, recognised by English courts."[3]

So kann auch diese Theorie nicht leisten, was von ihr erwartet wird: dem Internationalen Privatrecht eine einheitliche Basis geben, von der aus alle Probleme gelöst werden können[4].

---

1) Das muß auch das Restatement anerkennen. So haben im Falle einer unerlaubten Handlung mehrere Staaten "legislative jurisdiction", vgl. § 377 in Verb. mit § 65.

2) S.9 der 7.Aufl.

3) Hervorhebung nicht im Original.

4) Die modernste Untersuchung dieses Problems, die von W i c h s e r : Der Begriff des wohlerworbenen Rechts im internationalen Privatrecht, kommt zu dem Ergebnis, daß die Vorstellung des wohlerworbenen Rechts in der Theorie des IPR nur fruchtbar werden kann:
als wissenschaftlicher Klassifikationsbegriff (S.110 f.),
als Motiv für die Kollisionsgesetzgebung (S.111 ff.), und
als Hilfsbegriff (motivierend) für die Rechtsanwendung (S.113 ff.).

III. Quadris "Theoria psicologica dell'aspettativa"

Die starre Verengung der "Vested Rights Theory" auf das subjektive Recht versucht Q u a d r i [1] dadurch zu überwinden, daß er den hinter dieser Theorie stehenden Grundgedanken herauspräpariert, indem er nicht von der Norm, auch nicht vom subjektiven Recht, sondern vom Menschen ausgeht.

Dieser Grundgedanke ist der Schutz der berechtigten Erwartung des einzelnen, mit anderen Worten, seines Vertrauens[2]. Dieses Vertrauen stützt sich auf die Rechtserfahrung[3], die Erfahrung nämlich, daß gleiches Handeln gleiche Wirkungen hervorruft. Es liegt sowohl dem Intertemporalen als auch dem Internationalen Privatrecht zugrunde[4].

Wie lassen sich aber aus diesem Grundgedanken Kollisionsnormen bilden?

Q u a d r i wagt nicht, diese Aufgabe dem Richter anzuvertrauen, er wendet sich an den Gesetzgeber. Dieser solle vorschreiben, daß auf einen Fall das Recht anzuwenden sei, das sich die Beteiligten tatsächlich oder vermutlich vorgestellt hatten[5]. Ein Indiz dafür sei die Möglichkeit der effektiven Ein-

---

1) Lezioni di diritto internazionale privato, S.113 ff.

2) AaO., S.117: "È in sostanza nient'altro che il principio della buona fede, quello che impone l'applicazione delle norme dell'ordinamento dello Stato che presumibilmente è presente psicologicamente alle parti ed al quale esse si considerano sottoposte."

3) AaO., S.115 f.: "Di fronte ad ogni momento dell'esperienza giuridica si determina, nell'individuo e nella massa, una naturale e ragionevole aspettativa in forza della quale il fatto storico diventa elemento creatore e propulsore di altre infinite esperienze e l'elemento sul quale le altre esperienze vengono a riposare o meglio ad incardinarsi."

4) AaO., S.116: "Sia nell'uno che nell'altro caso si tratta di individuare la situazione alla quale si riferisce la naturale e ragionevole aspettativa degli individui e delle masse."

5) AaO., S.116 f.: "... il legislatore dovrà affidare la valutazione delle varie situazioni all'ordinamento nel quale presuntivamente ed a suo avviso le parti si sono psicologicamente situate, nei termini del quale esse e i terzi sono istintivamente portate e portati a configurare ed a rappresentarsi il rapporto e ciò, naturalmente, in relazione fondamentale al diritto dell'effetività."

wirkung eines bestimmten Rechts auf Person oder Interessen eines Beteiligten[1], Wohnsitz und Belegenheit einer Sache innerhalb einer Rechtsordnung begründen die Effektivität und auch das Vertrauen auf die Anwendung dieses Rechts vor jedem anderen Forum.

Die Lokalisierung eines Rechtsverhältnisses hat aber nicht nach objektiven, sondern nach den subjektiven Gesichtspunkten der Parteien zu erfolgen, entscheidend ist nicht der Ort, wo sich etwas befindet, sondern der Ort, mit dem eine Person psychologisch verknüpft ist[2].

Q u a d r i überprüft nun die überkommenen Anknüpfungen. Dabei kann er seine Theorie gut bei der Anknüpfung des Vertrages verwenden[3]. Er findet ein subjektives Element auch im Deliktsrecht, im Erfordernis der Kenntnis des Verbotsgesetzes[4], ja selbst die Anknüpfung an das Flaggenrecht im Seerecht führt er auf diesen Gesichtspunkt zurück[5].

---

1) AaO., S.119: "È evidente infatti che quando le persone (o i loro interessi) si trovano nel quadro dell'effettivo potere di uno Stato, esse sono collegate con tale Stato, dipendono da tale Stato, sono soggette a tale Stato. E dire Stato o dire ordinamento, è impiegare due termini che perfettamente si equivalgono. Il domicilio, ad es., rivela la presenza normale della persona e dei suoi interessi nella sfera di potere dello Stato, la situazione degli immobili la presenza degli interesse della persona nella sfera di potere dello Stato."

2) AaO., S.121: "Se di localizzazione si vuol continuare a parlare, la parola verrà allora ad assumere significato traslato; indicherà, cioè, non già il luogo nel quale il soggetto si trova o si trovano i suoi interessi, indicherà l'ordinamento nel quale la persona si situa mentalmente, psicologicamente, nei termini del quale essa pensa, in base al quale essa si regola."

3) S.121 ff.

4) S.129

5) S.129 f.

Folgerichtig durchgeführt, bietet Q u a d r i s Theorie ein System von Anknüpfungspunkten an das sich alle halten können, die vom einzelnen und nicht vom Rechtssatz ausgehen. Bei konsequenter Durchführung würde sich auch die Entscheidungsharmonie einstellen. Es ist für Quadri bezeichnend, daß er im Gegensatz zum positiven italienischen Recht[1] für die Anwendung des fremden Kollisionsrechts plädiert[2].

Fraglich ist aber, wieweit aus Quadris Gedanken ein allgemeines System des IPR aufgebaut werden kann. Er hat selbst die Konsequenzen für das Detail nicht gezogen. Man wird davon ausgehen müssen, daß sich eine reale und übereinstimmende Erwartung der Parteien nicht immer feststellen läßt, so daß man mit fiktiven und letztlich dann doch auch schematisierten Anknüpfungspunkten arbeiten muß[3]. Daher kann bis jetzt nur festgestellt werden, daß die Anknüpfung an die Erwartung, das Vertrauen der Parteien als Hilfsgrundsatz des IPR in Frage kommt, der ein Instrument mehr des Richters als des Gesetzgebers bildet und zur Rechtsschöpfung praeter und contra legem, nicht aber zu einem geschlossenen System führen kann[4].

---

1) Vgl. artt.30 disp. prel. c. c.

2) S.132 f.

3) S. dazu W e n g l e r , RdC Bd.104, 1961 III, S.363 f.

4) W e n g l e r , aaO., S.362, Fn.16, will den Grundsatz des Vertrauensschutzes zur Testamentsauslegung verwerten. Allgemein gefaßt gilt Quadris Theorie nach Ansicht Wenglers nur negativ, als Gebot, nicht ein Recht anzuwenden, mit dem die Parteien in keiner Weise rechnen mußten (aaO., S.363, Fn.17).

§ 13

Das Prinzip der Entscheidungsharmonie

Für die herrschende Lehre der allseitigen Kollisionsnormen ist anerkannt, daß das Prinzip der Entscheidungsharmonie eines der Sternbilder darstellt, an die sich die Praxis der Gerichte wie das kodifikatorische Bemühen der Gesetzgeber zu halten hat[1].

---

1) Das Prinzip wird unter den verschiedenartigsten Bezeichnungen verfochten:
Z w e i g e r t , Raape-Festschr. S.49 ff.: "Das spezifische Gerechtigkeitsziel gerade des Kollisionsrechts";
K e g e l , S.38 f.: "Äußerer Entscheidungseinklang" als "Ordnungsinteresse" des IPR; N e u h a u s , S.38: "Gesetzesharmonie" als "das formale Ideal des IPR"; B r a g a , RabelsZ Bd.23 (1958) S.439: "Ein dem Grundsatz 'ne bis in idem' verwandter Rechtsgedanke verbietet, daß ein- und derselbe Sachverhalt mehrmals zu einem bestimmten Zweck erfaßt wird und zu verschiedenen Rechtsfolgen führt.";
W e n g l e r , RdC Bd.104 (1961 III), S.364 ff.: "minimum of conflicting decisions", R.C.D.I.P. Bd.41 (1952), S.610: "le minimum de conflits internationaux"; B a t i f f o l , Aspects philosophiques du d.i.p. S.212 ff.: "l'harmonie internationale des solutions"; Q u a d r i , Lezioni S. 132 ff., "criterio della conformità"; H a r p e r , Yale Law J. Bd.56 (1947), S.1159 und 1161 bezeichnet als "first policy consideration" des IPR: "uniformity in legal relations, regardless of the forum in which litigation occurs"; Y n t e m a , R.C.D.I.P. Bd.48 (1959), S.20 f. spricht vom Grundsatz der "sécurité"; im Fall Lauritzen v. Larsen prägte der U.S. Supreme Court folgenden Satz (345 U.S. 571): "The purpose of a conflict-of-laws doctrine ist to assure that a case will be treated in the same way under the appropriate law regardless of the fortuitous circumstances which often determine the forum."

Ist die Entscheidung erst einmal zugunsten dieses Ideals gefallen, so ergeben sich daraus zwingende systematische Forderungen, die sich unter dem Postulat zusammenfassen lassen, alles zu vermeiden, was zu widersprechenden Entscheidungen führen kann[1].

Dazu bietet sich eine prozessuale und eine materielle Lösung an:

I. Die prozessuale Lösung würde bedeuten, daß nach einer Harmonisierung der internationalen Zuständigkeit gesucht wird, mit dem Ziel, daß für jeden denkbaren Rechtsstreit nur die Gerichte eines Staates zuständig sein können und daß deren Urteile auch in allen anderen Staaten anerkannt werden. Dazu müßten die Anknüpfungen nach einheitlichen Kriterien vorgenommen und vor allem alle "beziehungsarmen Gerichtsstände"[2] wie etwa § 23 ZPO oder die englische Anknüpfung an den ganz vorübergehenden Aufenthalt auf englischem Boden[3] beseitigt werden.
Dieser Weg ist aber bis jetzt noch nicht mit Nachdruck beschritten worden.[4]

---

1) Fritz von H i p p e l hat in seiner Studie: "Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung" nachgewiesen, daß eine bestimmte privatrechtliche Grundentscheidung, wie etwa für die Parteiautonomie folgerichtig ein bestimmtes Privatrechtssystem erzwingt.

2) Der Ausdruck stammt von Z w e i g e r t , RabelsZ Bd.14 (1942), S.289.

3) Vgl. dazu D i c e y - M o r r i s , Comment 2 zu Rule 25 mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

4) Von vornherein fällt auf, daß es keine allgemeine Kodifikationsbewegung zur Vereinheitlichung der Gerichtsstände gibt. In den Haag wurden zwar zwei Zivilprozeßabkommen geschlossen, denen das Deutsche Reich (bzw. die BRD) beigetreten ist (Abkommen v.17.7.1905, RGBl.1909,409 f. und Abkommen v.31.10.1951, BGBl.1958 II, S.576 ff.). Beide Abkommen befassen sich aber nicht mit der Internationalen Zuständigkeit. Einen theoretischen Versuch zur Fundierung des Entscheidungseinklangs über das Internationale Zivilprozeßrecht unternahm E c k s t e i n (RabelsZ Bd.8 (1934) S.121 ff.). Seine Gedanken wurden von G a m i l l s c h e g (Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Heft 3, S.29 ff.) aufgenommen.

II. Die Entscheidungsharmonie kann in einer weniger vollkommenen Form[1] auch dadurch erreicht werden, daß zwar über den gleichen Rechtsstreit die Richter verschiedener Staaten in gleichsam konkurrierender Zuständigkeit entscheiden können, aber sichergestellt wird, daß jeder das gleiche materielle Recht anwendet. Dazu ist nötig:

1. Verzicht auf die Entscheidung aller Fälle mit Auslandsbeziehung grundsätzlich nach eigenem materiellen Recht;
2. Verzicht auf die Ermächtigung zur konkreten Rechtsgestaltung;
3. Anknüpfung nach gleichen Gesichtspunkten wie fremde Rechte und Beachtung der Parität zwischen eigenem und fremden Recht;
4. Beachtung des fremden Grenz- und Rechtsanwendungsrechts.

Ad 1: Daß die Entscheidung eines Falles mit Auslandsbeziehung nach den Sachnormen der lex fori nicht zu einer internationalen Harmonie führt, liegt auf der Hand. Voraussetzung dieser Harmonie wäre ja die internationale Rechtsvereinheitlichung[2]. Nun kennt das moderne Internationale Privatrecht

---

Er schlägt folgende Methode vor:
"Wenn wir die konkurrierenden Gerichtsstände dergestalt wertend einteilen, daß wir einem unter ihnen den Vorrang einräumen, dann erreichen wir den Entscheidungseinklang, wenn die Richter der anderen Gerichtsstände das maßgebliche Recht nach dem Verweisungsrecht des Vorrang-Gerichtsstandes - unter Verzicht auf Rückverweisung - und nicht nach ihrem eigenen IPR ermitteln." (AaO., S.39.)

1) Die auf materiellem Wege verwirklichte Entscheidungsharmonie wird der prozessualen immer deswegen nachstehen, weil der gutwilligste Richter nicht in der Lage sein wird, sich so in den Geist einer Fremden Rechtsordnung hineinzudenken, wie deren eigener Richter. Wenn man nicht den für die Parteien sehr kostspieligen englischen Weg der "expert evidence" beschreiten will, wird der Irrtumsfaktor in Fällen, die zur Anwendung ausländischen Rechts führen, immer größer sein.

2) Sie ist immerhin auf Teilgebieten, wie z.B. dem Wechsel- und Scheckrecht erfolgt. Bemerkenswert ist aber, daß auch eine Vereinheitlichung der Sachnormen nicht auf Kollisionsnormen verzichten kann; wenn nämlich die Vereinheitlichung nur einen Ausschnitt der Gesamtrechtsordnung erfaßt, was regelmäßig der Fall sein dürfte. Das wird deutlich am Problem der Wechselfähigkeit, vgl. Art.91 WG. Zum Internatio-

solche Sachnormen im Falle der Kumulation[1]. Sie führt nur dann zur Harmonie, wenn andere Staaten in gleicher Weise kumulieren würden, also etwa alle Staaten die Ehehindernisse der Heimatrechte der Verlobten kumulativ anwendeten. Dann ist die Kumulation ein gewisser Weg zur Vereinheitlichung der Entscheidungsmaximen. Unter gewissen Voraussetzungen, etwa im Internationalen Schuldrecht für den Fall der Leistungsverbote ist die Kumulation sogar der einzige Weg, um die Harmonie zu erreichen. Das gleich gilt für die Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse.
Während also im Normalfall das Fremdenrecht harmoniefeindlich ist, kann die Kumulation gerade im Interesse der Entscheidungsgleichheit geboten sein[2].

Ad 2: Wo der Richter frei ist, den vor ihn gebrachten Lebenssachverhalt nach seinem eigenen Ermessen zu gestalten, scheidet die Berechenbarkeit der Entscheidung aus, die vollkommene Billigkeit der Einzelentscheidung wird auf Kosten der Rechtssicherheit verwirklicht. In diesem Fall gibt es schon innerhalb der gleichen Rechtsordnung keine Entscheidungsharmonie, soweit nicht der Gleichheitssatz dem Ermessen des Richters Grenzen setzt. Im internationalen Raum ist im Lichte der Forderung nach internationaler Entscheidungsharmonie dieser Weg nur dann gerechtfertigt, wenn die nach klaren, bestimmten Kriterien angeknüpfte Rechtsordnung ihrerseits diese Ermächtigung enthält, wenn sich also erst nach Beachtung der Anknüpfung zeigt, daß der Entscheidungseinklang weder möglich noch notwendig ist.

Ad 3: Soll um des Entscheidungseinklangs willen der einzelne Gesetzgeber jeden Fall an eine bestimmte Rechtsordnung anknüpfen, so legt ihm dieses Ideal noch weitere Pflichten auf.

a) Nur wenn alle Rechtsordnungen den gleichen Sachverhalt an das gleiche materielle Recht anknüpfen, kann die Harmonie erreicht werden. Daraus ergibt sich aber schon eine Beschränkung: Zugrunde liegt dieser Idee S a v i g n y s

---

nalen Wechselrecht s. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschr. f. Heinrich Lehmann, Bd.II, S.608 ff.

1) S. oben S.60.

2) W e n g l e r , R.C.D.I.P. Bd.52 (1963), S.214 f. weist

Schwerpunktgedanke, jedes Rechtsverhältnis sei in besonderer Weise mit einer einzigen, bestimmten Rechtsordnung verknüpft [1]. Das setzt voraus, daß jede Rechtsordnung das in Frage stehende Rechtsverhältnis kennt. Das Spiel der Anknüpfung endet nämlich dort, wo das anzuknüpfende Rechtsverhältnis einer Rechtsordnung völlig unbekannt ist, so daß sie auch keine Rechtssätze zu seiner Beurteilung enthält. Nur Rechtsinstitute, die in allen Rechtsordnungen vorkommen und "annähernd die gleiche soziologische und ... rechtstechnische Funktion zu erfüllen haben" (ohne daß es auf die systematische Stellung innerhalb der einzelnen Rechtsordnung ankäme), also "funktionell-typische Rechtsinstitute"[2] können diesem System eines universalen Internationalen Privatrechts unterworfen werden.

b) Im Bereich der funktionell-typischen Rechtsinstitute gilt aber weiter, daß jedes Institut nach dem gleichen Merkmal angeknüpft werden muß. Daraus ergibt sich das Gebot, die Anknüpfung anderer Rechtsordnungen nachzuahmen und nicht besondere Anknüpfungen zu gebrauchen, also etwa das für die persönlichen Ehewirkungen maßgebliche Recht nach dem Heimatrecht des Mannes zu bestimmen und nicht nach dem der Frau, wenn auch alle anderen Rechtsordnungen an das Mannesrecht anknüpfen[3].

---

nach, daß die Kumulation dann zu Harmoniestörungen führt, wenn sie den Zweck verfolgt, einen der am Rechtsverhältnis Beteiligten gegenüber den anderen zu begünstigen, wie dies etwa bei Art.12 EGBGB der Fall ist.

1) System des heutigen römischen Rechts Bd.VIII, S.27 f.

2) B r a g a , RabelsZ Bd.23 (1958), S.426 f. Als atypische Rechtsinstitute des deutschen Rechts führt B r a g a (S.427, Fn.18) die Hausratsteilung, die Höfeordnung und das Ehegattenerbrecht nach § 1371 BGB auf. den ersten Fall, die Hausratsteilung dürfte man wohl besser unter die Ermächtigungen zur konkreten Rechtsgestaltung rechnen, die wesensmäßig atypisch sind. Zu den grenzrechtlichen Fragen des Erbhofrechts s. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Iherings Jahrbücher, Bd.88, S.51 ff. und B e i t z k e , aaO., S.109 ff.

3) Das Institut de Droit International faßte dazu auf seiner Sitzung in Siena (1952) folgende Resolution (Annuaire Bd. 44 II, S.473):

Auch dieses Imitationsgebot ist nicht frei von Schwierigkeiten. Einmal verlangt es von einer Rechtsgemeinschaft den Verzicht auf die eigene Wertung, der u.U. durchaus große Schwierigkeiten bereiten kann, wie das Beispiel des Art.3 Abs.II GG gezeigt hat[1].
Auf der anderen Seite wirkt es sich natürlich als Hemmschuh für den Fortschritt des Internationalen Privatrechts aus, da jede Neuerung einen Verstoß gegen dieses Gebot darstellt[2].

c) Das Postulat, um der Entscheidungsharmonie willen ein Rechtsverhältnis an das gleiche Merkmal anzuknüpfen, wie die anderen Rechtsordnungen, wird ergänzt durch die Forderung die Grenznormen und die Rechtsanwendungsbefehle so aufzubauen, daß eigenes und fremdes Recht in gleicher Weise abge-

---

"...
2. Les règles de droit international privé doivent, en général, utiliser des critères susceptibles d'internationalisation, c'est-à-dire, notamment, susceptibles d'être adoptés dans des conventions internationales de manière à éviter des solutions discordantes d'un même cas concret dans des pays différents."

1) S. zu diesem Problem und zur Diskussion, B e i t z k e , Grundgesetz und Internationalprivatrecht, S.23 ff. Dagegen steht die Auffassung W e n g l e r s von der grundsätzlichen Wertneutralität der Anknüpfung (R.C.D.I.P. Bd.42/1953/ S.54):
"La situation actuelle du droit international privé ressemble en effet beaucoup à celle d'une société dans laquelle aucune règle éthique ou juridique n'a encore posé que la circulation s'effectuerait à droite ou à gauche. Il est absolument sans importance que ce soit l'une ou l'autre solution qu'une règle générale vienne imposer. Ce qui importe, c'est qu'elle impose une des deux possibilités, et il est tout à fait raisonnable qu'avant l'instauration d'une pareille règle chaque particulier se comporte comme tous les autres ou comme presque tous les autres, ou même seulement comme la majorité des autres, membres de cette société."

2) N e u h a u s , Grundbegriffe, S.41.

grenzt werden, m.a.W., ein einheitliches System des Internationalen Privatrechts zu bilden, das Grenznormen und Rechtsanwendungsbefehle verbindet[1].

Gegen dieses Gebot verstößt vor allem die alternative Anknüpfung. Wenn der gleiche Sachverhalt nach dem Merkmal A oder B an das eigene Recht angeknüpft wird, also etwa nach Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz einer bestimmten Person, wird die Domäne des eigenen Rechts erweitert[2]. Die Möglichkeit, daß eine andere beteiligte Rechtsordnung dagegen den gleichen Sachverhalt weder durch Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, noch an den Wohnsitz regelt, ist denkbar gering, so daß die Wahrscheinlichkeit vergrößert wird, daß die Gerichte verschiedener Staaten nach verschiedenen Rechtssätzen den gleichgelagerten Fall entscheiden würden[3]. Dagegen verstößt die Anerkennung des Renvoi, soweit er zur Anwendung des eigenen Rechts führt, nicht gegen das Paritätsgebot. Voraussetzung der Rückverweisung ist nämlich, daß die vom Rechtsanwendungsbefehl berufene Rechtsordnung den zu entscheidenden Fall selbst nicht regelt. Wenn dann das Forum die Rückverweisung "annimmt", d.h., den Umfang des eigenen Rechts ergänzend ausdehnt, kann eine Harmoniestörung nicht eintreten. Anders ist die Lage im Falle des "double renvoi",

---

1) Wie bereits oben, S.54 ff. festgestellt wurde, ist die Gleichbehandlung von eigenem und fremden Recht im System eines einheitlichen Internationalen Privatrechts keinesfalls apriorisch geboten. Im Gegenteil, sowohl historisch wie auch normlogisch drängt sich der Ausgang von der eigenen Norm des Forums auf. Vielmehr ist es ein formales Gebot der Gerechtigkeit das die Verbindung von Grenznormen und Rechtsanwendungsbefehlen zu einem System erzwingt.

2) Solche alternativen Anknüpfungen enthalten etwa Art.22 Abs.I und II EGBGB, Art.18 Abs.I und II EGBGB; für den Fall des Statutenwechsels die Art.19 S.1 und 2; 20 S.1 und 2 EGBGB.

3) Daher hat sich das Institut de Droit international auf seiner Sitzung in Siena (1952) gegen die alternative Anknüpfung aus demographischen Gründen ausgesprochen. Der Beschluß lautet (Annuaire Bd.44 II, S.473):
"1. Les règles du droit international privé ne doivent pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d'application de la loi nationale et celui de la loi étrangère."

da hier der Umfang des fremden Rechts ausgedehnt wird. Wenn der fremde Richter nun seinerseits den "double renvoi" nicht annimmt, wird der zwischen den beiden Rechtsordnungen spielende Fall von jeder nach dem Recht der anderen beurteilt. Diese Fragen sind im nächsten Abschnitt näher zu erörtern.

Ad 4: Das Problem des Renvoi berührt, wie das der Qualifikation, die Grundlagen des Internationalen Privatrechts; es ist daher auch entsprechend umstritten.

Die logische Grundstruktur des Falles, der das Renvoi-Problem aufwirft, ist die Normenlücke[1]. Sie entsteht auf folgende Weise:

(1) Der mit einem Rechtsstreit befaßte Richter der Rechtsordnung A stellt fest, daß seine lex fori den Fall nicht regelt. Dazu muß er das Grenzrecht der lex fori beachten.

(2) Der Rechtsanwendungsbefehl der lex fori verweist ihn auf die Rechtsordnung B. Eine Überprüfung des Grenzrechts der Rechtsordnung B ergibt aber, daß auch diese den Fall nicht regelt.
Der Richter hat bis hierher also angewendet: Zuständigkeitsrecht A + Grenzrecht A + Rechtsanwendungsrecht A + Grenzrecht B. Jetzt steht er aber vor einer Normenlücke, die er ausfüllen muß, um die Rechtsverweigerung zu vermeiden.

Zur Ausfüllung dieser Lücke gibt es logisch folgende Möglichkeiten:

(a) Der Richter füllt die Lücke durch die lex fori aus, und zwar
(i) durch die allgemeine Sachnorm, wie sie auch auf den gleichen Sachverhalt ohne Auslandsbeziehung angewendet werden würde, oder
(ii) durch eine speziell für Sachverhalte mit Auslandsbeziehung geschaffene Sachnorm.
In jedem Falle lautet hier die Kette: Zuständigkeitsnorm A + Grenznorm A + Rechtsanwendungsbefehl A + Grenznorm B + Sachnorm A. Das Recht A wird

---

1) Das Renvoi-Problem tritt dann auf, wenn die Abgrenzung der Rechtsordnungen nicht mehr nach einem einheitlichen Prinzip erfolgt. Zu seiner Geschichte grundlegend, M e i -

also ohne Rücksicht auf seine Begrenzung angewendet[1].

(b) Die Lücke wird durch die Sachnorm der Rechtsordnung ausgefüllt, auf die der Rechtsanwendungsbefehl verweist. In diesem Falle liegt die einfachste Kette vor, sie lautet:
Grenzrecht A + Rechtsanwendungsbefehl A + Sachnorm B[2].

(c) Der Richter kann aber auch das Recht einer dritten Rechtsordnung, C, anwenden und zwar

(i) innerhalb von deren eigenen Grenzen. In diesem Falle wendet der Richter über die bisher dargestellte Kette hinaus also noch weitere Rechte an, zumindest das Grenzrecht und die Sachnorm der Rechtsordnung C. Ob er auch das Rechtsanwendungsrecht der Rechtsordnung A anwendet, wird unten noch zu prüfen sein[3].

(ii) Ebenso kann aber auch die Rechtsordnung C ohne Beachtung ihrer eigenen Grenzziehung angewendet werden.

Die Entscheidung darüber, welchen der dargestellten Wege der Richter oder der Gesetzgeber gehen will, ist, ebenso, wie die Entscheidung über Analogie oder argumentum e contrario, nicht mit logischen Mitteln zu erreichen[4]; sie setzt vielmehr eine rechtspolitische Dezision darüber voraus, welchem Ziel die Lückenausfüllung dienen soll. Im wesentlichen sind es drei Gesichtspunkte, die die Entscheidung bestimmen:

(1) Die Beachtung des eigenen Rechtsanwendungsbefehls allein ohne Eingehen auf das fremde Grenzrecht, aus der Erwägung, daß das eigene Internationale Privatrecht als System von Grenznormen und Rechtsanwendungsbefehlen "richtiges Recht"

---

j e r s , Het vraagstuk der heerverwijzing, Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Bd.II, S.368 ff.

1) Vgl. dazu G o l d s c h m i d t , Sistema y teoria del Derecho internacional privado, Bd.I, S.312 ff. Er nennt die Auffassung, daß das IPR eines Staates auf das fremde Sach- und Grenzrecht (in seiner Terminologie: "Normas de exportación") verweist, die "teoria de la referecia media".

2) G o l d s c h m i d t , aaO., S.346 ff. "teoria de la referencia minima".

3) S. unten S.[illegible].

4) A.A. M a r i d a k i s , Annuaire de l'Institut de Droit international Bd.47 II, S.17 ff., der versucht, seine Ab-

ist, d.h. die richtige Aufteilung aller Rechtsordnungen vornimmt[1];

(2) dagegen stellt sich der Topos der Achtung vor der fremden Gemeinschaft, deren Recht man nicht ohne ihren Willen anwenden will, so daß also auch ihr Grenzrecht beachtet werden muß[2];

(3) der Vorteil der Entscheidung nach eigenem materiellen Recht, der dazu führt, daß die Rückverweisung beim eigenen Recht "abgebrochen" wird[3];

(4) die Beachtung der Rück- und Weiterverweisung mit dem Ziel den weitestmöglichen Entscheidungseinklang zu erreichen.

Der letzte Problemkreis ist hier zu erörtern.

---

lehnung des Renvoi aus dem unbedingten Charakter der Rechtsnorm zu begründen.

1) Näheres s. unten S. 235ff.

2) So z.B. die ältere internationalistische Schule, vgl. v o n B a r , Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts, Bd.I, S.278 ff., der hier sogar eine Verletzung der Souveränität des fremden Staates annimmt. Dieser Grundsatz der Achtung der Grenzen, die sich eine andere Gemeinschaft selbst zieht, braucht aber nicht notwendig eine völkerrechtliche Norm zu sein, er kann auch außerhalb einer völkerrechtlichen Pflicht motivierend wirken.

3) Für Deutschland ist diese Zielsetzung der Rückverweisung schon durch Art.27 EGBGB positiv fixiert. In der Lehre wird sie verteidigt von Martin W o l f f , Internationales Privatrecht, S.67 und N e u h a u s , S.181 ff. In Frankreich hat die Cour de Cassation im Falle Soulié (Urt.v.1.3.1910) Clunet Bd.37, 1910, S.888, der die Erbfolge einer in Frankreich domizilierten Amerikanerin betraf, festgestellt:

> "... que la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international privé étranger;
> qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régisse d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire; ..."

F r a n c e s c a k i s , La théorie du renvoi, No.242 ff., S.227 ff., hat die französische Rechtsprechung zum Renvoi zusammengestellt. Aus ihr ergibt sich, daß die Möglichkeit der Anwendung französischer Sachnormen für die französische Praxis stets ein entscheidender Gesichtspunkt war. Man geht dort von der Vorstellung aus, der französische Rechtsanwendungsbefehl bezeichne die Rechtsordnung "normalement compétente". Wenn diese den Fall nicht erfasse, d.h. "décline cette compétence", dann liege eben eine Normenlücke vor, die der französische Richter mit seiner Sach-

a) Die Beachtung der Rückverweisung um der Entscheidungsharmonie willen:

Fall 1:

Der Richter des Staates A muß sich mit folgender Frage befassen: X, Staatsangehöriger des Staates B, dort verheiratet, ebenfalls mit einer Staatsangehörigen von B, hatte seinen Wohnsitz im Gebiet von A genommen, seine Frau aber in B zurückgelassen. In A schenkte ihm eine andere Frau, Staatsangehörige von A, eine Tochter. Daraufhin ließ sich seine Ehefrau in B von ihm scheiden. Nach der Scheidung heiratete er in A die Mutter seiner Tochter. Ist die Tochter legitimiert worden? Das Recht von B verweigert den Ehebruchskindern die Legitimation durch nachträgliche Eheschließung[1].

Der Richter stellt folgendes fest:

(1) Nach dem Grenzrecht von A wird vom Sachrecht A nur die Legitimation der Kinder geregelt, die von einem Staatsangehörigen des Staates A abstammen[2];

(2) der an die Staatsangehörigkeit des Mannes anknüpfende Rechtsanwendungsbefehl des Rechts A verweist ihn auf das Recht B;

(3) nach dem Grenzrecht von B regelt das Sachrecht von B aber nur die Legitimation von Personen, die im Staatsgebiet von B ihren Wohnsitz haben[3].

Damit steht der Richter also vor einer Normenlücke. Will er sie ausfüllen mit dem Ziel, die Entscheidungsharmonie zwischen den Rechtsordnungen A und B herzustellen, so hilft ihm die Beachtung der Grenzrechte allein nicht weiter;

---

norm ausfüllen könne. (AaO., No.247, S.235 f.)
Man kann daher mit W e n g l e r (Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, S.290 f.) von einem bedingten und einem unbedingten Umfang der lex fori sprechen. Ersterer ist weiter als der letztere und tritt ein, wenn eine fremde Rechtsnorm auf Grund Verstoßes gegen den eigenen ordre public ausgeschaltet wird und vor allem, wenn die eigene Rechtsnorm auf Grund der Rückverweisung angewendet wird.

1) Wie z.B. das englische Recht vor dem Legitimacy Act von 1959, s. dazu B r o m l e y , Family Law, S.291 f.

2) Z.B. Art.22 Abs.I EGBGB.

3) So das englische Recht, s. D i c e y , Rule 69.

er muß zu einem neuen Topos greifen, indem er nicht nur das Grenzrecht von B, sondern auch dessen Rechtsanwendungsrecht beachtet, mit anderen Worten, indem er das Recht anwendet, das auch sein Richterkollege in B angewendet hätte, wenn dieser mit dem konkreten Fall befaßt worden wäre. Über die Brücke: Zuständigkeitsrecht A + Grenzrecht A + Rechtsanwendungsrecht A + Grenzrecht B + Sachrecht A kommt er also wieder zu seinem eigenen Recht[1].

Fall 2:

X, Staatsangehöriger des Staates A mit Wohnsitz im Staate B, stirbt in B. Er hinterläßt außer beweglichem Vermögen auch Grundvermögen in A und B.

Das Recht A regelt nur die Erbfolge nach den eigenen Staatsangehörigen, es verweist daher auf das Recht B[2]. Das Recht B regelt ebenfalls die Erbfolge nach den eigenen Staatsangehörigen, es erfaßt also den vorliegenden Erbfall; aber es spaltet den Nachlaß, es befaßt sich nicht mit der Erbfolge in Grundstücke die nicht im Staatsgebiet B belegen sind, es verweist vielmehr auf die lex rei sitae[3]. Will der mit der Erbfolge befaßte Richter des Staates B die Entscheidungsharmonie mit A erreichen, so muß er wiederum die komplizierte Brücke beschreiten, die hinsichtlich der in B belegenen Grundstücke zu seinem eigenen Recht führt.

Aus diesen Beispielen läßt sich erkennen, daß das Ziel der Entscheidungsharmonie nicht nur die Anwendung des fremden Grenzrechts, sondern auch des fremden Rechtsanwendungsrechts gebietet.

---

1) G o l d s c h m i d t ' s "teoria de la referencia máxima", aaO., S.354 ff., nicht nur die "Normas de exportación", auch die "Normas de importación" werden angewendet.

2) Wie z.B. die aus Art.24 und 25 zu entnehmende allseitige Kollisionsnorm, s. dazu RGZ Bd.91, S.139.

3) Vgl. D i c e y , Rule 113.

Diese von der englischen Rechtsprechung entwickelte "Foreign Court Theory"[1] wird von R a b e l [2] als vorbildlich geprie-

---

1) Die englische Foreign Court Theory stützt sich auf folgende Präzedenzfälle, die hier zur Erläuterung der Theorie genauer dargestellt werden sollen:
1. Collier v. Rivaz (1841, 2 Curt. 855). Das englische Gericht wird mit der Frage befaßt, wie ein Engländer mit domicile in Belgien, der Grundvermögen in England hat, beerbt wird.
Der Richter formuliert die Hilfsvorstellung, mit der er die Entscheidungsharmonie zu erreichen versuchte, so (aaO., S.859):
"The court sitting here to determine it, must consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case."
2. Re Ross, Ross v. Waterfield (1930, 1 Ch. 377):
Die Engländerin Janet Anne Ross hatte in Italien ihr domicile of choice errichtet. Sie hinterließ zwei Testamente, durch die verschiedene Personen bedacht, ihr Sohn aber von der Erbschaft ausgeschlossen wurde. Die Erbmasse bestand u.a. aus Grundstücken in England und Italien. Der Sohn verlangt vom Beklagten einen Pflichtteil nach italienischem Recht. Das Gericht (Richter Luxmoore) entschied zuerst, daß die Erbfolge in die Grundstücke von der lex situs, die Erbfolge in die Mobilien von der lex domicilii bestimmt würde. Beide Anknüpfungspunkte führten zum italienischen Recht, das aber (s. heute artt. 22 disp. prel. cod. civ.) den Fall nicht regelt, da der codice civile nur für die Erbfolge italienischer Erblasser gelten soll. Der Richter prüft nun, ob er die italienische Grenznorm überhaupt beachten muß und setzt sich mit dem alten Argument des circulus vitiosus auseinander:
"Is this argument will founded? Indeed, does it arise at all? It does not in fact arise if the true view of the English court is that, by the phrase 'the law of the country of domicile' is meant that law which the courts of the country of domicile apply to the decision of the case to which the rule refers."
Daher prüft er, wie ein italienisches Gericht den gleichen Fall entscheiden würde und stellt - durch expert evidence - fest, daß der italienische Richter (artt. 22, 30 disp. prel. c. c. heute) englisches Recht anwenden würde. Also weist er die Klage ab, da das englische Recht keinen Pflichtteil kennt.
3. Re Askew, Marjoribanks v. Askew (1930, 2 Ch. 259):
Wie Fall 1 im Text, der Engländer Askew hatte sein domicile nach Deutschland verlegt. Damals galt noch der Legitimacy Akt von 1926, der den Ehebruchskindern die Legitimation versagte. Der Rechtsstreit betraf die Erbfolge nach Askew, so daß die Legitimation der Tochter sich als Vorfrage stellte.
Richter Maugham rief die Vorstellungen der "Vested Rights Theory" zu Hilfe:

"What rights have been acquired in Utopia by the parties to the English suit by reason of the de facto domicile of John Doe in Utopia?"
Diese Frage muß nach dem Recht beantwortet werden, das ein Gericht in Utopia anwenden würde: "... when we inquire whether John Doe has acquired rights in Utopia by Utopian law, we must mean by this the whole of the laws of Utopia including any views of private international law which may be deemed to give him rights (or subject him to restrictions) though an Englishman settled in that land."
4. Die Entscheidung Richter Wynn-Perry's (Chancery division) im Falle: Re Duke of Wellington, Glentanar v. Wellington (1947, 2 AllER 854, abgedruckt: RabelsZ Bd.15 (1949/50) S.149 ff., Bespr. N e u h a u s , aaO., S.161 ff., G o l d s c h m i d t , aaO., S.342 ff.) zeigt die Schwierigkeiten, zu denen die Foreign Court Theory führen kann.
Der Sachverhalt ist dem im Falle Re Ross sehr ähnlich. Der sechste Herzog von Wellington, der 1943 fiel, hinterließ Grundvermögen und Mobilien in England und Spanien. Über den spanischen Teil der Erbschaft erhob sich Streit, dessen Entscheidung davon abhing, ob spanisches oder englisches Recht anzuwenden war.
Da der Erblasser sein domicile in England gehabt hatte, kam die Anwendung spanischen Rechts von vornherein nur auf die Erbfolge in die Grundstücke in Frage. Der spanische Codigo civil regelt aber gem. art. 10 nur die Erbfolge spanischer Erblasser. Nun hätte sich der Richter mit der Erkenntnis der Lücke in der rechtlichen Regelung zufrieden geben und ergänzend das englische Recht anwenden können. Aber er sah sich durch die Entscheidungen in den Fällen: Collier v. Rivaz, Re Ross und Re Askew gebunden und berief sich auf folgendes Dictum des Privy Council (im Falle: Jaber Elias Kotia v. Katir Bint Jiryes Nahas, 1941, 3 AllER 20, hier S.25 f.):
"In the English courts, phrases which refer to the nationality of a propositus are prima facie to be construed, not as referring to the law which the courts of that country would apply in the case of its own national domiciled in its own country in regard (where the situation of the property is relevant) to property in its own country, but to the law which the courts of that country would apply to the particular case of the propositus, having regard to what, in their view, is his domicile (if they consider that to be relevant), and having regard to the situation of the property in question (if they consider that to be relevant)."
Daher konnte er nicht einfach englisches Recht anwenden, sondern mußte prüfen, ob auch ein spanisches Gericht den Fall nach englischem Recht entscheiden würde, m.a.W., ob der spanische Richter die Rückverweisung des englischen auf das spanische Recht "annehmen" würde. Im Unterschied zur Lage im Falle: Re Ross ist aber die Frage des Renvoi im spanischen Recht weder durch das Gesetz noch durch

höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt, so standen sich denn auch im Verfahren entgegengesetzte expert evidences in dieser Frage gegenüber. Der englische Richter sah nun keinen anderen Ausweg, als mit Hilfe der spanischen Rechtslehre und der Rechtsprechung der Instanzgerichte eine Prognose darüber zu wagen, wie das oberste spanische Gericht den art. 10 codigo civil hinsichtlich der Rückverweisung verstehen würde. Er kam zu dem Ergebnis, daß es die Rückverweisung nicht annehmen würde und entschied den Fall daher nach englischem Recht.
(Appeal dismissed, 1947, 2 AllER S.864.)
Diese Entscheidungen weisen das gemeinsame Merkmal auf, daß sie alle zur Anwendung englischen Rechts führten. Aber die komplizierte Begründung, die hier im einzelnen darzustellen war, zeigt, daß diese Gemeinsamkeit auf Zufall beruht und nicht etwa aus einem versteckten "homeward trend" hervorgeht.
5. Auch in der Praxis der USA scheinen die Vorstellungen der Foreign Court Theory fruchtbaren Boden gefunden zu haben. Das zeigt die Entscheidung des Surrogate' Court, New York County vom 10. April 1950 in der Sache: Re Schneider's Estate.(Clunet Bd.77, 1950, S.976 ff.)
Schneider, schweizerischer Staatsangehöriger mit domicile in New York County, der sich dort auch naturalisieren hatte lassen, nach schweizerischem Staatsangehörigkeitsrecht aber noch Schweizer Bürger war, hinterließ ein Testament, durch das er auch über seinen in der Schweiz belegenen Grundbesitz verfügt hatte. Die Gültigkeit des Testaments wurde insoweit angezweifelt, weil er das schweizerische Pflichtteilsrecht nicht beachtet hatte. Im Zeitpunkt des Verfahrens hatte die administratrix bereits die Grundstücke verkauft, der Rechtsstreit betraf den Erlös des Verkaufs. Das Gericht stellte hinsichtlich des anzuwendenden Rechts fest:
"... the rights which were created in that land are those which existed under the whole law of the situs and as would be enforced by those courts which normally would possess exclusive judicial jurisdiction. In another court, in this case our own, is thrust into a position where it is obliged to adjudicate the same question concerning title to that land or a substitute therefore, it should be guided by the methods which would be employed in the country of the situs."
Das Gericht erhob Beweis durch expert evidence über die Grenzen des schweizer. Rechts. Da die Experten sich - ähnlich wie im Duke-of Wellington-Fall - nicht einig waren, stellte es auf Grund des vorgelegten Materials fest, daß schweizer. Gerichte hier das Recht von New York anwenden würden.
Die Entscheidung wird kritisiert von L e w a l d in der Festschrift für Hans Fritzsche, S.173 ff. L e w a l d s Angriff richtet sich gegen die vom Gericht vorgenommene Auslegung der schweizerischen Grenznorm und trifft daher eigentlich die Sachverständigen und nicht das Gericht.

2) R a b e l I, S.80 ff.

sen. Für Deutschland wird sie von P a g e n s t e c h e r [1] vertreten, K e g e l [2] scheint ihr zuzuneigen. Sie ist hier aber durch die positive Regelung des Art.27 EGBGB behindert[3].

---

1) P a g e n s t e c h e r , Der Grundsatz des Entscheidungseinklanges im internationalen Privatrecht.
Er faßt seine Theorie in folgenden Thesen zusammen (aaO., S.15):
"Unserer Ansicht nach hat das deutsche internationale Privatrecht vielmehr nur in folgenden Fällen zurückzutreten:
1. bei der unmittelbaren Rückverweisung, wenn es notwendig ist, um zu erreiche, daß der deutsche Richter die gleichen Sachnormen anzuwenden hat, die in St II (d.h. nach P.'s Bestimmung, der Staat, in dem das Recht gilt, auf den die lex fori verweist) angewandt würden, im Falle der Prozeß dort anhängig wäre;
2. bei der Weiterverweisung, wenn es notwendig ist, um zu erreichen, daß in St I, St II und St III nach den gleichen Sachnormen judiziert wird.
In allen übrigen Fällen hat der deutsche Richter die Sachnormen von R II (= Rechtsordnung, auf die die lex fori verweist) anzuwenden."

2) K e g e l , S.124 ff.

3) Das Reichsgericht hat in einer frühen Entscheidung (Urt. v.15.2.1906, RGZ 62,400, hier S.404) Gedanken vertreten, die der "Foreign Court Theory" entsprechen:
"... denn in diesem Falle, der von der Bestimmung des Art.27 EGBGB nicht betroffen wird, würde das deutsche Recht Platz greifen, weil die Parteien in Hamburg wohnen und von den deutschen Gerichten das portugiesische Recht so angewendet werden mußte, wie es von den portugiesischen Gerichten zu geschehen hätte ..."
(Hervorhebung nicht im Original).
Diese Linie hat das Reichsgericht aber nicht weiter verfolgt. In einem Urt. v.15.2.1912 (RGZ 78,234) mußte es sich mit der Frage der Rückverweisung vom österreichischen auf das deutsche Eherecht auseinandersetzen. Interessant ist der Aufbau der Argumentation (S.236):
(1) Die deutschen Kollisionsnormen (Art.7, 13, 15, 17, 21, 25) würden auf die fremden "Gesetze" ohne Unterscheidung von Sach- und Kollisionsnormen verweisen und "lege non distinguente nec nostrum est distinguere";
(2) Zweck dieser Vorschriften sei es, dem Betroffenen auch in Deutschland die Beurteilung nach seinem Personalstatut zu ermöglichen;
(3) widersprechende deutsche und österreichische Entscheidungen des gleichen Falls müßten vermieden werden.
Der Gedanke der Entscheidungsharmonie taucht also erst an dritter Stelle auf. Das Reichsgericht läßt ihn dann völlig fallen in der grundlegenden Entscheidung vom 2.6.1932 (RGZ 136,361).
Die Parteien des Rechtsstreits, U.S. Staatsangehörige mit

Die "Foreign Court Theory" stößt aber andererseits sogar in England auf Kritik[1].

Im einzelnen werden gegen sie folgende Argumente vorgebracht: (1) Sie funktioniere nur zwischen zwei Rechtsordnungen, von denen die eine sie befolge, die andere nicht[2]. Dieser Kritik ist entgegenzuhalten, daß sie die zeitliche Dimension des Problems übersieht. Der mit der Streitfrage befaßte Richter des Staates A wendet das Recht B, auf das ihn sein Rechtsanwendungsbefehl verweist, in den Grenzen an, die diesem durch Entscheidung seines Gesetzgebers oder seiner Gerichte gezogen sind. Der wirklich kritische Fall tritt erst dann ein, wenn dies noch nicht geschehen ist, ein Fall, der gerade im Bereich des Privatrechts nicht völlig ausgeschlossen ist. Jetzt greift aber der zweite Einwand durch.

(früh.) domicile Missouri und Wohnsitz in Deutschland begehrten mit Klage und Widerklage die Scheidung.
Das Berufungsgericht hatte über Art.17 und 27 EGBGB und die Annahme, die Parteien hätten jetzt ihr domicile in Deutschland, deutsches Recht angewendet.
Dagegen wandte sich die Revision mit der Begründung, Art. 27 EGBGB müsse im Sinne der Entscheidungsharmonie ausgelegt werden, er sei also nicht anwendbar, wenn der Richter des Staates Missouri über den deutschen Renvoi sein eigenes Recht anwenden würde, dann habe auch das deutsche Gericht nach dem Recht von Missouri zu entscheiden. In der Sprache des Reichsgerichts meint die Revision damit Folgendes (S.364):
"Das deutsche IPR verweist in Art.17 EGBGB auf das amerikanische Recht einschließlich seiner Kollisonsnormen. Dieses verweist zurück auf das deutsche Recht als lex domicilii, einschließlich der Kollisionsnorm des Art.17, aber unter Ausschluß derjenigen des Art.27. Daher ist im Ergebnis das innere Recht des Staates Missouri anzuwenden, das auch der Richter dieses Staates anwenden würde."
Wenn man die Frage so formuliert, liegt die Antwort auf der Hand.
Daher wird auch (S.366) die von der Revision gewünschte Auslegung des Art.27 abgelehnt, auf das ausländische IPR könne keine Rücksicht genommen werden, da sonst "eine endlose Hin- und Herverweisung" eintreten würde.
Der BGH ist in der einzigen bekannten Entscheidung, in der er sich grundlegend mit dem Problem der Rückverweisung auseinandersetzen mußte (Urt. v.14.2.1958, LM No.2 zu Art.27 EGBGB), auf das Postulat der Entscheidungsharmonie überhaupt nicht eingegangen.

1) C h e s h i r e , S.67 ff.

2) C h e s h i r e , S.67; B a t i f f o l , Aspects philosophiques du droit international privé, No.97, S.214 ff.

(2) Gegen die "Foreign Court Theory" wird vorgebracht, sie bedeute eine Aufgabe der Souveränität[1]. Ohne daß man an dieser Stelle auf den Begriff der Souveränität einzugehen braucht, wird man folgendes feststellen können: Die "Foreign Court Theory" kann dann ihr Ziel nicht erfüllen, wenn zwei Rechtsordnungen den Fall gleichzeitig erfassen. Normalerweise tritt das Problem dann gar nicht auf, da in diesem Falle jeder Richter sein eigenes Recht anwenden würde. Hat aber eine Rechtsordnung die Grenzziehung nicht getroffen, so muß der Richter der anderen Rechtsordnung diese Grenzziehung für den konkreten Fall vornehmen: im Duke-of-Wellington-Fall setzte ein englischer Richter die Grenze für spanisches Recht. Wird nun ein spanischer Richter mit einem gleichgelagerten Fall befaßt, so müßte er, um der Entscheidungsharmonie willen, die englische Grenzziehung seines eigenen Rechts akzeptieren. Darin kann im strengen Sinne kein "Eingriff" in die spanische Souveränität liegen, ist doch der spanische Richter in keiner Weise verpflichtet, seinen englischen Kollegen nachzuahmen; aber es bleibt doch ein Gefühl des Unbehagens, das nur durch die Überlegung beseitigt werden kann, es handle sich hier um einen Bereich, der die vitalen Interessen des Staates nur wenig berühre, und das Ziel der Entscheidungsharmonie enthalte einen solchen Wert, daß um seinetwillen eine übernationale Solidarität der Richter begründet sei.

(3) Ein weiterer Nachteil dieser Theorie ist die Entwicklung von bilateralen Grenznormen. Die Grenze muß ja gegenüber jeder anderen Rechtsordnung verschieden gezogen werden. Aber auch dieser Nachteil wird gemildert, da ja immer noch ein beschränkter Kreis von Anknüpfungsmomenten in Frage kommt. Andererseits ist dies aber eine Aufgabe, die nur vom Richter und nicht von einem Gesetzgeber bewältigt werden kann, der

---

1) C h e s h i r e , S.69:
"... the foreign court theory signifies the virtual capitulation of the English rules for the choice-of-law ... (it is) the apotheosis of comity ... . In fact, it comes perilously near to a surrender of legislative sovereignty."

notwendig allgemeine Normen aufstellen muß[1]. Ein entscheidender Gegensatz zur "Foreign Court Theory" liegt in der absoluten Anknüpfung. Aber die absolute Anknüpfung schließt auch das Postulat der Entscheidungsharmonie aus.

Zu einem der kritischen Punkte der Rückverweisungslehre, dem Streit zwischen Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip, bringt die Haager Konvention vom 31.10.1951[2] einen Fortschritt im Sinne der Entscheidungsharmonie, allerdings auf Kosten des Staatsangehörigkeitsprinzips. Diese Konvention hat Aussicht, auch in England angenommen zu werden[3]. Damit wäre einer der tiefsten Gräben zwischen den Systemen des Internationalen Privatrechts überbrückt.

b) Das Gebot der Beachtung des fremden Rechtsanwendungsrechts um der Entscheidungsharmonie willen.

Fall 1:

Vor einem deutschen Gericht streiten sich die möglichen Erben eines englischen Erblassers, der sein letztes domicile in England hatte und in Frankreich Grundstücke hinterläßt. Der deutsche Richter hat folgende Überlegungen anzustellen:

(1) Das deutsche Recht regelt den Fall nicht, denn nach der Grenznorm des Art.24 EGBGB erfaßt das deutsche Erbrecht nur die Erbfolge von deutschen Staatsangehörigen.

(2) Der aus Art.25 S.1 EGBGB von der deutschen Rechtsprechung entwickelte allgemeine Rechtsanwendungsbefehl[4] gebietet ihm, englisches Recht anzuwenden.

---

1) Zuzugeben ist allerdings, daß die Anwendung der Foreign Court Theory sehr hohe Anforderungen an den Richter stellt, die oft nur durch "expert evidence" zu bewältigen sein werden. Das wird z.B. von M a r i d a k i s , Annuaire de l'Institut de droit international Bd.47 II, S.9 f. gegen die Foreign Court Theory vorgebracht.

2) Der vollständige Text der Konvention ist abgedruckt in R.C.D.I.P., Bd.40 (1951) S.730 f.

3) S c h m i t t h o f f , The English Conflict of Laws, berichtet (S.102), daß 1952 das Private International Law Committee dem Lord Chancellor empfohlen habe, England solle der Konvention beitreten, mit Ausnahme des Art.5 (der den Begriff des Domizils für die Zwecke der Konvention definiert).

4) RGZ 91,139.

(3) das englische Recht regelt aber nicht die Erbfolge in Grundstücke, die nicht in England liegen, es enthält vielmehr für den englischen Richter einen Rechtsanwendungsbefehl, die lex situs anzuwenden[1]. Der englische Richter müßte also französisches Recht anwenden.

(4) Es liegt also die Situation der Weiterverweisung vor, die bisher geprüften Rechte regeln den Fall nicht selbst, sondern jeweils nur über einen Rechtsanwendungsbefehl.

Eine Harmoniestörung tritt aber nicht auf, denn das französische Recht regelt den Fall[2].

Der deutsche Richter muß also anwenden:

Deutsches Zuständigkeitsrechts + deutsches Grenzrecht + deutschen Rechtsanwendungsbefehl + englisches Grenzrecht + englischen Rechtsanwendungsbefehl + französisches Grenzrecht + französische Sachnorm.

Fall 2:

Derselbe Fall, aber die Grundstücke liegen in Italien.

Hier bleiben die Erwägungen (1), (2) und (3) die gleichen.

(4) Der englische Rechtsanwendungsbefehl verweist auf das italienische Recht. Dieses regelt die Erbfolge in die Grundstücke aber nicht, denn das italienische Erbrecht erfaßt nur die Erbfolge italienischer Erblasser[3]. Der in dieser Vorschrift enthaltene Rechtsanwendungsbefehl verweist den italienischen Richter auf das englische Recht.

Damit liegt eine absolute Regelungslücke vor, keines der in Frage kommenden Rechte regelt selbst den Fall.

(5) Das macht eine weitere Erwägung notwendig: Eines der beteiligten Rechte muß subsidiär eingreifen. Das ist hier das englische Recht. Der an den englischen Richter gerichtete englische Rechtsanwendungsbefehl ist nämlich nicht unbedingt. Der englische Richter würde

---

1) D i c e y , Rule 113.

2) Art.3 II frz.c.c.

3) Artt. 23 disp. prel. c. c. it.

im Sinne der "Foreign Court Theory" die Harmonie zwischen dem englischen und dem italienischen Recht durch die Anwendung englischen Rechts herstellen[1].

Folgt der deutsche Richter hier dem Beispiel seines englischen Kollegen, so kann er auch in diesem Falle die ideale Lösung erreichen, daß er nach dem gleichen Recht entscheidet, das auch ein englischer und ein italienischer Richter auf den gegebenen Fall anwenden würde.

Die Brücke ist hier kürzer. Der deutsche Richter kann beim englischen Grenzrecht abbrechen, denn dessen Grenze gegenüber dem italienischen Recht ist ja geklärt. Da er aber prüfen muß, ob er damit die Entscheidungsharmonie erreicht, muß er auch die Grenznorm des italienischen Rechts beachten, denn aus dem letzten Beispiel geht hervor, daß die Harmonie zwischen den drei Rechten dann nicht hergestellt werden kann, wenn sie zwischen dem zweiten und dem dritten Recht gestört ist. Würde der englische Richter hier seinem Rechtsanwendungsbefehl unbedingt folgen, so unbedingt, wie der Italiener dem seines Rechts auf Grund des artt. 30 disp. prel. c. c., so hätte der deutsche Richter nur die Wahl, ob er den englischen oder den italienischen Rechtsanwendungsbefehl beachten wollte, die Disharmonie zwischen dem englischen und dem italienischen Recht könnte er nicht beseitigen. Er könnte sie nur vergrößern, indem er die absolute Lücke zwischen den drei Rechten durch die subsidiäre Anwendung des deutschen Rechts ausfüllen würde.

Aus dem Postulat der Entscheidungsharmonie ergeben sich für die Behandlung der sog. "Weiterverweisung" drei Gebote[2]:

---

1) Re Ross, Ross v. Waterfield (1930 1 Ch. 377).

2) Daß zwischen der Beachtung der Weiterverweisung und dem Postulat der Entscheidungsharmonie eine innere Beziehung besteht, wird weitgehend anerkannt, s. Pagenstecher (oben S.215, Fn.1) und Maury (Annuaire de l'Institut de Droit international, Bd.47 II, 76 ff.). Eine besondere Entwicklung hat die Lehre von der Weiterverweisung in diesem Zusammenhang aber durch E. M. Meijers genommen, eine Entwicklung, die auch die Trennung von Rückverweisung und Weiterverweisung über-

(1) Der Rechtsanwendungsbefehl eines fremden Rechts ist zu beachten, wenn er zu einem Recht führt, das selbst den Fall regelt.

(2) Führt der fremde Rechtsanwendungsbefehl nicht zu einem Recht, das den Fall selbst regelt, so ist das Recht anzuwenden, das die Richter der beiden beteiligten fremden Rechtsordnungen anwenden würden

(a) wenn es sich dabei um eines ihrer eigenen Rechte handelt;

(b) wenn es sich um ein viertes Recht handelt, das selbst den Fall regelt.

(3) Besteht zwischen den in Frage kommenden fremden Rechten keine Entscheidungsharmonie, so darf die Lücke jedenfalls nicht durch Anwendung des eigenen Rechts oder eines vierten, unbeteiligten Rechts ausgefüllt werden.

---

windet. M e i j e r s hat in einem vor dem zweiten Weltkrieg erschienenen Aufsatz folgende These vertreten (zitiert nach: Verzamelde privaatrechtelijke opstellingen, Bd.II, S.366 f. hier: S.388):
"wanneer op het ogenblik, dat een feit of rechtshandeling geschiedt, de conflictregels van alle praktisch in aanmerking kommende landen eenzelfde wet toepasselijk verklaren, dan worde deze wet ook toegepast door een rechter in enig ander land, die toevallig door latere omstandigheden de rechtsgevolgen van dat feit of van die handeling moet bepalen."
Die Gedanken M e i j e r s ' haben wiederumg den Vertrag zwischen den Niederlangen, Belgien und Luxemburg v.11. Mai 1951 beeinflußt (Traité du 11 mai 1951 concernant l'introduction aux Pays-Bas, en Belgique et au Luxembourg d'une loi uniforme sur le Droit international privé, zitiert nach M a k a r o v , Quellen, Bd.II, B I No.6). Der Vertrag ist allerdings bis jetzt nur von Luxemburg ratifiziert worden. Die in diesem Zusammenhang interessierenden Bestimmungen lauten:

Art. 1 I
"Sauf disposition contraire, la loi d'un pays s'entend, dans les articles suivants, des règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit international privé."

Art. 15
"Dans tous les cas où les articles précédents renvoient à la loi nationale d'une personne, cette loi est remplacée par la loi du domicile:
1. ...
2. Lorsqu'un étranger a son domicile aux Pays-Bas/en Belgique/au Luxembourg, et que les règles de droit

c) Der Grundsatz der Beachtung des "stärkeren Rechts".
Hinterläßt ein in München domizilierter Deutscher ein château in Frankreich, ist sein einziger gesetzlicher Erbe ein Vetter, der Sohn des Bruders der Mutter des Erblassers, so geht das château nicht auf den Vetter, sondern auf den

---

international privé de sa loi nationale déclarent applicable la loi du domicile;
3. Lorsqu'un étranger a son domicile hors de son pays et hors des Pays-Bas/de la Belgique/du Luxembourg et que les règles de droit international privé tant de sa loi nationale que de la loi de son domicile, rendent applicable cette dernière loi."

Art. 25 II
"Lorsqu'un rapport juridique est né ou s'est éteint hors des Pays-Bas/de la Belgique/du Luxembourg conformément à la loi applicable suivant le droit international privé des pays que ce rapport juridique concernait essentiellement au moment de sa naissance ou de son extinction, cette naissance ou cette extinction sont également reconnues aux Pays-Bas/en Belgique/au Luxembourg, même par dérogation à la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi."

Interessant in diesem Zusammenhang ist auch das "Projet de Droit international privé élaboré par la Commission de Reforme du Code Civil (abgedruckt bei M a k a r o v , Quellen, Bd.I, Frankreich).
Die hier interessierenden Bestimmungen lauten:

Art. 19
"Les dispositions du présent chapitre déterminent les domaines respectifs d'application de la loi française et de la loi étrangère."

Art. 20
"Toutefois, si la loi étrangère normalement applicable d'après les règles françaises de conflit ne se reconnaît pas compétente, il doit être fait application de la loi étrangère qu'elle désigne et qui se reconnaît compétente ou, à défaut, de la loi française."

Art. 21
"A moins que la loi française ne fût compétente, toute situation juridique crée à l'étranger en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaissait compétente, produit ses effets en France."

französischen Staat über[1]. Es würde dem vom deutschen Recht bestimmten Erben wenig helfen, wenn er ein deutsches Gerichtsurteil in der Hand hätte, das seine Erbenstellung bestätigt. Da dieses Urteil in Frankreich nicht anerkannt würde[2], gibt es für ihn keine Möglichkeit, die ihm vom deutschen Recht gewährte Rechtsposition durchzusetzen. Die Lage ist nicht anders, wenn das deutsche Gericht über die Erbfolge eines in England domizilierten Engländers zu befinden hätte. Auch hier würde dem vom Gericht anerkannten Erben der Titel für die französischen Grundstücke nur dann nützen, wenn sie der Regelung des französischen Rechts entsprechen.

Da es nun sinnlos ist, einen Rechtstitel auszustellen, der dem Berechtigten nichts nützen kann, drängt sich bei den Situationen, die zur Beachtung des stärkeren Rechts führen[3],

---

1) Frankreich bestimmt nach art. 3 II c.c. die Erbfolge für in Frankreich gelegene Grundstücke nach französischem Recht. Der Vetter gehört aber nicht zu den nach französischem Recht gesetzlich erbberechtigten Kategorien (descendants, art. 745 c. c.; ascendants, art. 746-749 c. c.; collatéraux privilegiés, d.h. bis zum 6. Grad, art. 755 c. c., vgl. Ferid-Firsching Bd.I, Frankreich, S.36 ff.
Damit tritt nach art. 768 c. c. das Aneignungsrecht des französischen Staates ein.

2) In Frankreich wird das Exequatur einem ausländischen Urteil nur erteilt, wenn das fremde Gericht compétence juridiciaire hatte, die nach französischem internationalen Zivilprozeßrecht beurteilt wird, und das von dem fremden Gericht angewendete materielle Recht compétence législative, was wiederum nach französischem IPR bestimmt wird, vgl. Lerebours-Pigeonnière par Lossuarn, Nr.420, S.507 ff.

3) Es ist euphemistisch, hier von einer "Näherberechtigung" zu sprechen. Neuhaus (S.199) will sogar zwischen den Fällen der Näherberechtigung und Fällen des stärkeren Rechts unterscheiden. In beiden Fällen liegt aber ein Nachgeben gegenüber dem fremden Recht vor.
Vom Standpunkt einer bestimmten Rechtsordnung aus ist jedoch die von Neuhaus getroffene Unterscheidung durchaus sinnvoll; es kann sein, daß diese Rechtsordnung sich dem stärkeren Recht aus eigener Überzeugung beugt, weil sie die fremde Regelung für sinnvoll und sachgerecht hält. So zeigt gerade die Vorgeschichte des Art.28 EGBGB (dargestellt bei Kegel, S.140 ff.), daß diese Regelung, die an sich ein positivierter Fall des Zurückwei-

die Beachtung des fremden Grenzrechts von vornherein auf, das allgemeine Postulat der Entscheidungsharmonie verstärkt sich hier durch die Folgerung, daß jeder Verstoß die Rechtsverfolgung unmöglich macht.

Wann aber kann man eine Rechtsordnung als die stärkere ansehen? Eindeutig läßt sich diese Frage nur für die Rechte an Grundstücken beantworten[1]. Die Rechtsordnung des Staates, in dessen Gebiet das Grundstück liegt, kann letztlich allein bestimmen, wem es hinsichtlich der Rechtsträgerschaft, aber auch aller dinglichen Rechte und Belastungen zugeordnet werden soll[2]. Dies erstreckt sich sogar auf die Vorfragen wie Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Familien- und Erbrecht. Die Verantwortung vor dem Rechtsuchenden, wie vor dem Recht selbst, das ja verwirklicht sein will, zwingt in diesem Falle jeden Richter dazu, die lex rei situs zu beachten, mag

---

chens vor dem stärkeren Recht ist, auf einer gewissen Tradition beruht, nicht nur ein Nachgeben, sondern eine sachgerechte Regelung bedeuten sollte. Beugt sich dagegen eine Rechtsordnung dem stärkeren Recht nur widerwillig, ohne die Berechtigung der fremden Regelung anzuerkennen, so bleibt ihr u.U. der Weg des inneren Ausgleichs (vgl. den Vorschlag bei K e g e l , S.146).

1) Im Falle Re Schneider's Estate (oben S.[243], Fn.1) begründete der Richter die Anwendung der lex rei sitae: "The primary reason for its existence (scil. dieser Anknüpfungsregel) lies in the fact that the law-making and law-enforcing agencies of the country in which land is situated, have exclusive control over the land". In allen anderen Fällen ist die stärkere Rechtsordnung nicht abstrakt bestimmbar. Welche Rechtsordnung soll z.B. die stärkere sein, wenn eine Vertragserfüllung eingeklagt wird? Normalerweise würde man die des Wohnsitzes des Schuldners annehmen. Warum aber nicht seinen Heimatstaat, der ihn deswegen vielleicht mit strafrechtlichen Sanktionen belegen kann? Wie ist es, wenn sich sein Vermögen überwiegend in einem dritten Staat befindet? (Zu diesen Fragen s. W e n g l e r , RdC Bd.104, S.360 f.). Man wird keine feste Regel finden können und allenfalls in Form einer Generalklausel der faktischen Überlegenheit einer bestimmten Rechtsordnung Rechnung tragen müssen (N e u h a u s , S.197 f.) Art.11 II disp. prel. des italienischen Entwurfs zu einem codice civile von 1931 hatte eine solche Klausel vorgesehen (dt. Text dieser Bestimmung bei N e u h a u s , S.49, Fn.119).

2) So könnte man z.B. eine Gesamthypothek mit Belastung in- und ausländischer Grundstücke nur annehmen, wenn alle

dadurch auch das System seines Internationalen Privatrechts durchbrochen werden[1].

d) Über diese Fälle hinaus muß im Interesse der Entscheidungsharmonie fremdes Grenz- und Rechtsanwendungsrecht auch in anderen Konstellationen beachtet werden. Daß die Verweisung auf das geltende Recht einer Gemeinschaft die Beachtung ihres intertemporalen Rechts bedingt, wurde bereits dargestellt.

Drei Fallgruppen sind es, die in diesem Zusammenhang zu prüfen sind:-

i) Die hoheitlichen Staatseingriffe in privatrechtliche Rechtsbeziehungen;

ii) die Vorfragen;

iii) die internen räumlichen und persönlichen Kollisionsnormen komplexer juristischer Systeme.

Ad i: Die Beachtung des fremden Grenzrechts im Falle des Staatseingriffs in privatrechtliche Verhältnisse.
Wenn der Richter des Staates A über eine Forderung zu befinden hat, die vom Staat B dem Kläger durch enteignenden Eingriff genommen worden sein kann, muß er prüfen, welche Forderungen das enteignende Gesetz überhaupt erfassen wollte. Wollte es nur Forderungen enteignen, die im Gebiet des Staates B zu erfüllen waren, trifft dies aber nicht auf die im Streit befangene Forderung zu, so wäre eine durch nichts gerechtfertigte Harmoniestörung gegeben, wenn der Richter A

---

beteiligten Staaten dieses Institut anerkennen und auch hinsichtlich des Schuldstatuts der Forderung übereinstimmen.

1) Die Entscheidung im Falle Re Schneider's Estate (oben S.[illegible], Fn.[illegible]) ist darum nicht zwingend, weil sie nicht das Grundstück selbst, sondern das Surrogat betraf. In diesem Falle hätte auch eine von der lex rei sitae abweichende Entscheidung durchgesetzt werden können.

das enteignende Gesetz des Staates B anwenden würde[1]. Das gleiche gilt für den Fall des Leistungsverbotes[2].

Ad ii: Die Beachtung des fremden Grenzrechtes bei der Lösung einer Vorfrage[3].

Das Problem soll an zwei Beispielen erörtert werden:

Fall 1:

Der italienische Staatsangehörige C hatte in Deutschland eine Deutsche geheiratet. Die Ehe war von einem deutschen Gericht geschieden worden. Jetzt will er die Deutsche W heiraten. Die Frage, ob der neuen Ehe das Hindernis des § 5 EheGes. entgegensteht, hängt von der Vorfrage ab, ob die erste Ehe aufgelöst worden ist. Käme nur deutsches Recht zur Anwendung, so wäre die Vorfrage eindeutig zu bejahen. Nun wird der Fall aber auch vom italienischen Recht geregelt, das die Vorfrage verneint[4]. Will man in Deutschland vermeiden, daß eine hinkende, nach italienischem Recht nicht gültige Ehe geschlossen wird, so muß man die Grenznorm des italienischen Rechts beachten und

---

1) W e n g l e r , Annuaire de l'institut de Droit international Bd.57 II (1957), S.107.

2) W e n g l e r , aaO., S.108.

3) Grundlegend zu diesem Fragenkreis: W e n g l e r , RabelsZ Bd.8, 1934, S.148 ff.

4) Das italienische Recht erkennt die deutsche Eheschließung nach artt. 26 disp. prel. c. c. an. Artt. 115 c. c. bestimmt aber weiter, daß bestimmte Vorschriften des italienischen Rechts auch für die im Ausland geschlossene Ehe eines Italieners gelten. Dazu gehört artt. 86 c. c., der als Ehevoraussetzung die "libertà di stato" bestimmt. Diese Voraussetzung liegt aber nicht vor, da das die persönlichen Ehewirkungen regelnde italienische Recht (artt. 18 disp. prel. c. c.) die Scheidung nicht anerkennt. Damit wäre die zweite Ehe nach artt. 117 c.c. "impugnabile".

zumindest feststellen, daß der Italiener noch verheiratet ist[1].

Fall 2:

Noch schwieriger liegt der Fall des katholischen Spaniers, der eine evangelische Deutsche heiraten will, deren erste Ehe nur standesamtlich geschlossen und später geschieden worden war. In diesem Falle regelt das spanische Recht nämlich auch die Frage des Fortbestehens der ersten Ehe der Frau[2]. War diese in erster Ehe mit einem nicht katholischen Manne verheiratet[3], so ist die

---

1) Ein Fall dieser Struktur liegt der Entscheidung des schweizer. Bundesgerichts in Sachen: "Caliaro und Wydler gegen Regierungsrat des Kantons Aargau" zugrunde (Urt. v.11.11.1954, BGE Bd.80 I S.427 ff.).
Das Gericht wies den Antrag der Kläger auf Eintragung in das Standesamtsregister unter Hinweis auf das italienische Recht ab, mit dem Hinweis, das Entstehen von hinkenden Eheverhältnissen, sei tunlichst zu verhindern.

2) Nach art. 42 des Codigo civil kann ein katholischer Spanier nur eine Ehe nach kanonischem Recht schließen, art. 55 verweist ausdrücklich auf das Recht der katholischen Kirche, also hier den Codex Juris Canonici. Nach can. 1069 § 1 ist eine Ehe ungültig, wenn das Band einer früheren Ehe noch besteht. Diese Vorschrift gilt nach can. 1016 auch für nicht katholische Christen. Damit ist zu prüfen, ob die erste Ehe der deutschen Frau nach kanonischem Recht gültig war. Da ihr erster Mann nicht der katholischen Kirche angehörte, war die erste Eheschließung nach can. 1099 § 2 nicht an die kanonische Form gebunden, durch den bloßen Konsens (can. 1081) ohne daß es weiter auf die staatliche Form ankäme, wurde eine nach kanonischem Recht gültige Ehe geschlossen. Mit dem Vollzug der Ehe entstand ein matrimonium ratum et consummatum, das nach can. 1118 unauflöslich ist. Damit war die Frau nach spanischem Recht, über die Rezeption des kanonischen Rechts, noch verheiratet.

3) Das ist von entscheidender Bedeutung. War nämlich der erste Mann Katholik, so mußte er bei seiner Eheschließung die Form des can. 1094 beachten. Diese Formverletzung macht die Ehe kanonisch ungültig, so daß die Frau in diesem Falle nicht verheiratet war.

erste Ehe der deutschen Frau nur nach spanischem Recht gültig, nach deutschem Recht aber aufgelöst. Will der deutsche Standesbeamte die hinkende Ehe vermeiden, so muß er bei der Lösung der Vorfrage die Grenznorm des spanischen Rechts beachten[1].
Das Postulat der Entscheidungsharmonie erstreckt sich also auch auf die Anknüpfung der Vorfrage.

Ad iii: Die Beachtung des internen Kollisionsrechts einer Rechtsordnung.

Wenn ein Gericht das Recht einer anderen Gemeinschaft so anwenden will, wie es deren Richter tun würde, so muß es die sachlichen Kollisionsnormen der fremden Rechtsordnung beachten. Das erfordert ein vertieftes Eindringen in die Rechtsquellenlehre und ein Verständnis für die innere Hierarchie der Normen des fremden Rechts[2].

Die Lage wird dann noch komplizierter, wenn der eigene Rechtsanwendungsbefehl auf ein fremdes komplexes System verweist[3]. Dann müssen um der Entscheidungsharmonie willen die internen räumlichen und persönlichen Kollisionsnormen die-

---

1) BGH v.12.2.1964, NJW 64, S.976 = JZ 1964, S.617 mit Anm. von W e n g l e r .
Der BGH interpretiert Art.13 I EGBGB betont im Sinne des Postulats der Entscheidungsharmonie.
W e n g l e r (aaO., S.612) weist nach, daß es sich um ein Problem der Vorfrage handelt. Er legt dar, die dem Gericht vorgelegte Frage sei an sich nicht mehr mit Art. 13 EGBGB zu lösen. Letztlich habe das Postulat der Entscheidungsharmonie den einzigen Leitfaden gebildet, durch dessen Führung sich das Gericht über das positive deutsche Recht hinaus zu der Lösung vorgetastet habe, da die Berufung auf Art.13 I EGBGB doch nur sehr formalen Charakter trage. In Wirklichkeit liege eine Rechtsschöpfung praeter legem vor (wobei offenbleiben soll, wieweit hier Art.6 I GG eingreift), die allein vom Ziel her bestimmt sei.

2) S. oben S.58

3) S. oben S.48 ff.

ses Systems beachtet werden[1].

Diese Weiterverweisung zwingt zur Beachtung von Anknüpfungsmethoden und damit zur Verwendung von Anknüpfungsbegriffen, die der lex fori gänzlich unbekannt sein können[2].

---

1) S. dazu K e g e l in Soergel-Siebert, Tz.104 ff. vor Art.7 EGBGB.
Die Verknüpfung von innerer und äußerer Harmonie wird deutlich an einem Fall, den das LG Berlin (West) zu entscheiden hatte (Beschl. v.12.9.55, R.C.D.I.P. Bd.45, 1956, S.83 ff. mit Anm. v. W e n g l e r). Ein Iranier armenisch-gregorianischer Konfession hatte vor dem Standesbeamten in Berlin eine Staatenlose geheiratet. Es war nun fraglich, ob durch diese Ehe die vorehelichen Kinder legitimiert wurden. Das Gericht sah sich durch den allseitig verstandenen Art.22 I EGBGB verpflichtet, iranisches Recht anzuwenden. Dieses verweist aber weiter auf das Recht der armenisch-gregorianischen Kirche, das zwar die Legitimation durch nachfolgende Ehe kennt, aber die standesamtliche Trauung nicht anerkennt. Die Entscheidungsharmonie hätte also die Verneinung der Legitimation geboten.
Nun stand diesem Ergebnis aber die Erwägung entgegen, daß nach Art.13 III EGBGB die Ehe (die nicht hätte geschlossen werden dürfen) inländisch gültig war. Das Gericht wollte nicht eine Ehe minderen Rechts annehmen, sondern bejahte aus Gründen der "materiellen Harmonie" die Legitimation mit Wirkung für das Inland, also ein "hinkendes Rechtsverhältnis".

2) Dieses Problem taucht z.B. dann auf, wenn das an der Staatsangehörigkeit orientierte Recht auf die USA verweist. Da es kein Bundesprivatrecht der USA gibt, liegt ein komplexes System vor, das den ausländischen Richter vor die Frage stellt, wie er die weitere Anknüpfung an den in Frage kommenden Einzelstaat erreichen will. Die von K e g e l (Soergel-Siebert Tz.111 vor Art.7 EGBGB) vorgeschlagene autonome Anknüpfung nach einem System, das von dem des jeweiligen komplexen Systems unabhängig ist, führt mit Sicherheit zu Harmoniestörungen.
Der inländische Richter muß die Grenzbegriffe des fremden Rechts verwenden, also etwa an das domicile anknüpfen (s. dazu R a b e l I, S.144 ff.).
Zur Lösung von Konflikten innerhalb des britischen Commonwealth s. F a l c o n b r i d g e , Essays on the Conflict of Laws, S.202 ff.

§ 14

Anknüpfungsgrundsätze unabhängig vom Postulat der Entscheidungsharmonie

Die Entscheidungsharmonie ist keinesfalls der allgemeine Leitstern des Internationalen Privatrechts. Es kennt andere Prinzipien, die gegenüber der Entscheidungsharmonie antinomisch sind, zumindest sein können[1].

Der Bruch in der Entscheidungsharmonie tritt dann ein, wenn (I) der Grundsatz der absoluten Anknüpfung dazu führt, das fremde Grenzrecht und Rechtsanwendungsrecht auch dann zu mißachten, wenn seine Anwendung notwendig wäre, um die Entscheidungsharmonie herbeizuführen und

---

1) W e n g l e r hat versucht die allgemeinen Grundsätze des IPR herauszuarbeiten (R.C.D.I.P. Bd.41,1952, S.600 ff. und Bd.42,1953, S.37 ff.). Er kommt zu folgendem Ergebnis:
I. Es gibt 6 Leitgrundsätze, an die sich die Rechtsschöpfung im IPR halten kann:
1. Ordre public;
2. Bewahrung der materiellen Harmonie innerhalb einer Rechtsordnung;
3. Beachtung des Zwecks eines anzuwendenden Gesetzes;
4. Beachtung der Entscheidungsharmonie;
5. Beachtung des stärkeren Rechts;
6. Wahrnehmung politischer Interessen.
II. Diese Grundsätze lassen sich folgendermaßen gruppieren:
a. Die Grundsätze Nr.1,2 und 4 sind an sich Hilfsgrundsätze, die das Bestehen einer Kollisionsregel voraussetzen; dagegen führen die Grundsätze Nr.2,3 und 6 selber zum anzuwendenden Recht;
b. die Grundsätze Nr.2,4 und 5 sind indifferent gegenüber dem konkreten Ergebnis, die Grundsätze Nr.1,3 und 6 stellen entscheidend auf das konkrete Ergebnis ab;
c. die Grundsätze Nr.1 und 6 dienen nationalen Interessen, die übrigen zielen über diese Begrenzung hinaus.
III. Alle Grundsätze können aber zueinander in Widerspruch treten. Bei diesem Zusammenstoß erweisen sich die Grundsätze des ordre public und des politischen Interesses als die stärksten, die der Entscheidungsharmonie und der Anknüpfung an das stärkere Recht als die schwächsten. Da W e n g l e r von der Wertneutralität des IPR ausgeht (s. oben, S.2[illegible], Fn.[illegible]) braucht er den Gedanken der absoluten Anknüpfung nicht unter seine Prinzipien aufzunehmen.

(II) zwischen eigenem und fremden Recht die Abgrenzung ungleichmäßig getroffen wird, so daß eigenes Recht in weiterem Umfang angewendet wird, als fremdes.

I. Der Grundsatz der absoluten Anknüpfung

Auch dieser Grundsatz hat einen inneren Bezug zur Rechtsidee. Er hängt mit Savignys Idee zusammen, jedes Rechtsverhältnis habe einen Schwerpunkt, ein prägendes Element. Wenn dieser Schwerpunkt in einem bestimmten Rechtsgebiet liege, müsse das Rechtsverhältnis dem Recht dieses Gebietes unterworfen werden. Wenn man von dieser Vorstellung ausgeht, liegt die Grundentscheidung darin, welches der Elemente eines Rechtsverhältnisses man als prägend in diesem Sinne ansieht. Aus dieser Auswahl ergibt sich die Möglichkeit der Verallgemeinerung und Typisierung, die zu hohen Graden juristischer Abstraktion führt, wie sie an B egriffsbildungen wie "Personalstatut", "Sachstatut" deutlich wird.

Wenn der Schwerpunkt eines Rechtsverhältnisses abstrakt bestimmt werden kann, ergibt sich daraus die Anknüpfung, die zwei Merkmale hat:

(1) Sie ist allseitig, denn Ansatzpunkt ist das Rechtsverhältnis und nicht die Norm; wenn der ausgewählte Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses auf eine bestimmte Rechtsordnung hinweist, muß diese angewendet werden[1];

(2) Die Anknüpfung ist kategorisch, wenn nämlich die Beziehung eines Rechtsverhältnisses zu einer Rechtsordnung als entscheidend empfunden wird, ist diese Rechtsordnung anzuwenden, und zwar unabhängig davon, ob sie selbst angewendet sein "will".

Daraus ergeben sich Folgerungen:

(1) Wenn die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis als gerecht empfunden wird, ist der Normgeber gezwungen, alle Rechtsordnungen nach vorgegebenen Kriterien aufzuteilen. Konkret: Wenn er der Ansicht ist, für bestimmte Rechtsbeziehungen sei entschei-

---

1) N e u h a u s , S.53 ff.

dend die Staatsangehörigkeit einer der beteiligten Personen, so ergibt sich daraus die Notwendigkeit

(a) einen juristischen Mikrokosmos zu bilden und alle Rechtsordnungen der Erde nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip aufzuteilen, also eine Aufgabe zu unternehmen, die an sich einer übergeordneten Rechtsordnung vorbehalten sein müßte und die darum keine allgemeine Verbindlichkeit erlangen kann,

(b) innerhalb dieses Mikrokosmos die fremden Rechtsordnungen nach dem gleichen Prinzip abzugrenzen, wie die eigene, also Grenzrecht und Rechtsanwendungsbefehl zu allseitigen Kollisionsnormen zusammenzufassen.

(2) Da nun aber innerhalb des Mikrokosmos die Abgrenzung der Rechtsordnung nicht mehr mit der wirklichen übereinstimmt, muß

(a) die fremde Rechtsnorm ohne Rücksicht auf ihre räumliche und persönliche Begrenzung, also unter Umständen außerhalb ihres Anwendungsbereichs angewendet werden,

(b) daher die so verstandene Anknüpfung notwendig rück- und weiterverweisungsfeindlich sein,

(c) das Postulat der Entscheidungsharmonie innerhalb des so verstandenen IPR-Systems bedeutungslos werden[1].

---

1) Die Antinomie zwischen den Leitprinzipien des IPR ist im Rahmen der Renvoi-Debatte des Institut de Droit international deutlich geworden. Diese Debatte hat folgende Vorgeschichte:
Auf seiner Sitzung in Neuchâtel (1900) hatte das Institut folgende Resolution gefaßt (TGR, S.277):
"Quand la loi d'un État règle un conflit de lois en matière de droit privé, il est désirable qu'elle désigne la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit."
Auf der Sitzung in Oslo (1932) wurde die Frage erneut aufgeworfen. Das Institut befaßte sich mit den "Conflits de lois relatifs à la capacité des mineurs, aliénés, faibles d'esprit et prodiques, en matière d'actes patrimoniaux entre vifs". Die Resolution lautet in den hier interessierenden Teilen (TGR, S.280 f.):
"L'Institut de droit international,
...
Considérant que, dans sa session de Neuchâtel, en 1900, il s'est prononcé contre l'admission de la doctrine dite du renvoi;

II. Die ungleiche Behandlung von einheimischen und fremden Elementen

1) Auch die absolute Anknüpfung muß ein gewisses Maß von Entscheidungsharmonie nicht ausschließen. Dann nämlich, wenn der juristische Mikrokosmos paritätisch aufgebaut wird, wenn innerhalb der gleichen Rechtsordnung fremdes und eigenes Recht den gleichen Umfang erhalten, ist die Gefahr, daß die ergehende Entscheidung von der eines fremden Gerichts abweicht

---

Mais, considérant que, depuis cette époque, un courant d'ordre conventionnel, législatif et jurisprudentiel s'est manifesté dans divers pays en faveur de certaines applications de cette doctrine,
Et que, dès lors, le moyen le plus simple pour réaliser un rapprochement est d'admettre la compétence de la loi à laquelle renvoie la loi nationale;
...
Adopte les résolutions suivantes:
Article premier
La capacité des mineurs, des aliénés, des faibles d'esprit et des prodigues, en matière d'actes patrimoniaux entre vifs, est déterminée par leur loi nationale. Toutefois, lorsque cette loi renvoie à une autre loi, celle-ci doit être appliquée.
..."

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde vom Institut die Frage erneut aufgeworfen. Der Berichterstatter M a r i d a k i s erwies sich als grundsätzlicher Gegner des Renvoi (Rapport provisoire: Annuaire Bd.47 II, S.17 ff., Rapport définitif: aaO., S.1 ff., Rapport supplémentaire: Annuaire, Bd.50 I, S.497 ff.). M a r i d a k i s geht von folgender These aus (Annuaire Bd.47 II, S.21): "Il appartient à chaque législateur de déterminer d'après la conception qu'il se fait d'une juste réglementation de la vie inter-étatique, quel point constitue un lien étroit et quel point constitue un lien lâche entre le rapport considéré et un État déterminé..."
Schon am Beispiel des Wohnsitz- und Staatsangehörigkeitsprinzips zeige sich, daß diese Vorstellung von Staat zu Staat wechseln könne. Wenn nun aber ein Staat ein Rechtsverhältnis an einen bestimmten Punkt anknüpfe, zeige er damit, daß er diese Anknüpfung für gerecht halte, weil ihm diese Beziehung als die engste erscheine. Daraus müsse aber folgen, daß die Anknüpfung nur die Sachnorm, nicht aber die Kollisionsnorm erfasse, "car, après avoir déjà formulé sa volonté quant au pays dont la législation doit être appliquée pour que justice soit faite, l'État se contredirait en prescrivant à ses organes de rechercher à cette même fin la législation d'un autre pays." (aaO., S.23) So kommt M a r i d a k i s zu dem Ergebnis, die Resolution von Neuchâtel sei aufrecht zu erhalten. Er ist

geringer, als wenn der lex fori ein unparitätischer Raum gewährt wird[1].

Diese Parität ergibt sich daraus, daß für ein bestimmtes Rechtsverhältnis ein - und nur ein - als entscheidend angesehenes Element herausgegriffen und an dieses angeknüpft wird.

---

sich darüber im klaren, daß sich bei folgerichtiger Durchführung seines Prinzips Unzuträglichkeiten ereignen können. Da er nicht auf den Renvoi zurückgreifen will, muß er die Kollisionsnorm selbst ändern. Daher schlägt er im Rapport provisoire vor, an den Tenor der Resolution von Neuchâtel folgende Modifikation anzuhängen (Annuaire, Bd.47 II, S. 53):

"Il est désirable que les règles de d.i.p., stipulant que l'état de la personne physique et ses rapports de famille et de succession sont régis d'après le droit en vigueur dans l'État de la nationalité ou du domicile (résidence habituelle), souffrent une exception dans les cas où les circonstances particulières imposent le droit d'un autre État comme étant le plus approprié. (Ou: ... dans les cas où les circonstances particulières commandent que ces rapports soient réglés d'après le droit en vigueur dans un autre pays, comme étant le plus approprié.)"

Im Rapport définitif ließ M a r i d a k i s dann aber diese Ausnahmeformel fallen. Im Rahmen der Vorbereitung des Rapport définitif sprachen sich gegen den Renvoi aus: A g o (S.54 ff.), A l f a r o (S.58 ff.), C h e s h i r e (S.62 ff.), G u t z w i l l e r (S.64 ff.), P e r a s s i (S.85 ff.), V a l l i n d a s (S.94 ff.), d e V i s s c h e r (S.100 ff., mit Ausnahme der Beachtung der Kollisionsregeln innerhalb eines komplexen juristischen Systems) und Y a n g u a s M e s s í a (S.111 ff.). Den Renvoi verteidigten (in mehr oder weniger weitem Umfang): M a k a r o v (S.69 ff.), M a u r y (S.76 ff.), V a l l a d a o (S.89 ff.) und W e n g l e r (S.104 ff.). Im Rahmen der Diskussion sprachen sich weiter für eine mehr oder weniger beschränkte Annahme des Renvoi aus: B a t i f f o l (Annuaire, Bd.49 II, S.280 ff.), S p i r o p o u l o s (S.288 f.), B a b i ń s k i (S.290), K i s c h (S.291 f.) und N i e d e r e r (S.293 f.). O f f e r h a u s (S.284 ff.) verteidigte die Lösung der belgisch-niederländisch-luxemburgischen loi uniforme. Die gegenwärtige Staatenpraxis wurde von M a r i d a k i s im Rapport supplémentaire zusammengefaßt (Annuaire Bd.50 I, S.501 ff.). Eine neue Resolution wurde vom Institut de Droit international bisher noch nicht gefaßt.

1) S. dazu W e n g l e r , Festschr. zum Dt. Juristentag 1960, S.288 ff. und R.C.D.I.P. Bd.53 (1963) S.203 ff.

Ist es stets die Staatsangehörigkeit des Erblassers, auf die es für die Erbfolge ankommen soll, so werden alle Erbrechte der Erde nach diesem Kriterium abgegrenzt. Diese Überlegung führt zu einer wichtigen Erkenntnis: Die allseitige Kollisionsnorm, also die Verbindung von Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl ist zwar nicht rechtslogisch geboten, sie steht aber in einem unmittelbaren Bezug zur Idee der Entscheidungsharmonie.

2) Die allseitige Kollisionsnorm steht aber noch in einem tieferen Bezug zur Gerechtigkeitsfrage. Beruht die Grenznorm auf der Erkenntnis, daß es Sachverhalte gibt, deren Entscheidung nach inländischem Recht das sich aus der Rechtsidee ergebende Gebot der Gleichbehandlung von wesensmäßig Gleichem verletzen würde[1], so findet die paritätische Abgrenzung ihre Rechtfertigung, ja ihre Notwendigkeit in der Überlegung, daß ein Kriterium, das die Zugehörigkeit eines Sachverhalts zur eigenen Rechtsordnung begründet, unter anderem Vorzeichen auch für fremdes Recht gelten müsse. Ist es die inländische Staatsangehörigkeit des Erblassers, die die Unterwerfung der Erbfolge unter das eigene Recht gestattet, so gebietet der Gleichheitssatz in seiner allgemeinsten Form die Erbfolge des dem Staate X angehörenden Erblassers nach dem Recht des Staates X zu beurteilen[2].

Der so verstandene Gleichheitssatz gebietet aber auch die Nationalisierung des internationalen Sachverhalts, d.h. seine Entscheidung nach einem nationalen Recht; verbietet umgekehrt also die Schöpfung spezieller Sachnormen für internationale Sachverhalte[3].

3) Die unparitätische Abgrenzung bedarf also einer besonderen Rechtfertigung.

a) Ein in diesem Sinne unschädlicher Bereich der unparitätischen Abgrenzung ergibt sich aus Normenlücken. Wenn der Rechts

---

1) S. oben S. 103 ff.

2) Die Rechtfertigung der allseitigen Kollisionsnorm aus dem Gedanken der Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte wird von W e n g l e r , R.C.D.I.P. Bd.52 (1963) S.203 f. und 210 f. betont.

3) W e n g l e r , aaO., S.221.

anwendungsbefehl zu einer Rechtsordnung führt, die den Fall nicht regelt und daher die Normenlücke durch die lex fori ausgefüllt wird, so geschieht dem fremden Recht kein Abbruch, die gleichsam konditionale Ausweitung des Umfangs der lex fori ist eine Notmaßnahme, um die Rechtsverweigerung zu vermeiden; sie geschieht gerade aus Achtung vor dem fremden Recht.

b) Die unparitätische Abgrenzung folgt aus dem Ziel, eine bestimmte Partei, in der Regel den Inländer, zu bevorzugen, wenn etwa die Haftung des Inländers auf den Umfang des inländischen Rechts in jedem Falle beschränkt wird[1], wenn der Inländerin in jedem Falle die Möglichkeit der Scheidung nach inländischem Recht geboten wird[2] oder wenn der inländische

---

1) Art.12 EGBGB.

2) Art.17 IV EGBGB. Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf das französische Recht. In Frankreich hatte die Cour de Cassation im Falle De Ferrari c. Dame de Ferrari (6.7.1922, Revue de droit international privé et de droit pénal international, Bd.XVIII (1922-23) S.460) über die Klage der Dame Ferrari née Gensoul auf Umwandlung der italienischen Trennung von Tisch und Bett in die französische divorce zu befinden. Die Klägerin hatte durch Heirat mit einem Italiener die französische Staatsangehörigkeit verloren, aber später wieder erlangt. Die Instanzgerichte hatten stattgegeben, die Cour de Cassation hob auf, weil die Trennung von Tisch und Bett einverständlich erfolgt war und also ein vom französischen Recht anerkannter Scheidungsgrund nicht vorlag. Richtungweisend für die weitere Entwicklung wurde aber folgender Satz:
"Attendu que si les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent le Français qui récouvre cette qualité après l'avoir perdue, d'où il suit que la Dame Gensoul, par l'effet du décret prononçant sa réintégration, devait être admise à demander la conversion de la séparation de corps en divorce, ..."
Dieses Urteil gab also dem jeweiligen französischen Gatten das Scheidungsrecht nach französischen Grundsätzen und überließ den ausländischen Teil seinem Schicksal. Bezweckte dieses Urteil den Schutz der französischen Ehefrau, so stellte die Rechtsprechung der Instanzgerichte grundsätzlich auf das französische Recht ab, wenn nur ein Ehepartner Franzose war. Begründet wurde dies mit dem Interesse Frankreichs, die Rechtsbeziehungen einer Familie zu erfassen, der einer seiner Staatsangehörigen angehört (s. dazu L o u i s - L u c a s in der Festschr. f. G. Ripert Bd.I, S.278 f.). Daraus ergab sich eine umfangreiche Rechtsprechung mit dem praktischen Ergebnis, daß alle familienrechtlichen Beziehungen eines Franzosen dem französischen Recht

Erbe auf jeden Fall nur nach den Vorschriften des eigenen Rechts haftet[1], aber auch wenn der inländische Kaufmann dadurch geschützt wird, daß dem Ausländer für Inlandsgeschäfte die inländische Geschäftsfähigkeit auferlegt wird[2].

Aus ähnlichen Gründen wird beim Statutenwechsel die eigene Staatsangehörigkeit bevorzugt[3].

---

unterstellt wurden. (L o u i s - L u c a s aaO. und B i s c h o f f , La compétence du droit français dans le réglement des conflits de lois, No.49-53, S.43 ff.). Gegen diese Ausdehnung des domaine national wandten sich beachtliche Stimmen in der französischen Rechtslehre (Darstellung bei L o u i s - L u c a s , aaO., S.282 ff.). Das Jahr 1953 brachte den großen Umschwung. Die Cour de Cassation wurde mit der Frage befaßt, ob eine Französin, die ihr domicile (im Sinne des frz. Rechts) in Ekuador hatte und gemäß dem dortigen Recht einverständlich von ihrem russischen Mann geschieden worden war, noch als verheiratet angesehen werden müsse. (Rivière c. Roumiantzeff, Urt. v.17.4.1953, R.C.D.I.P. Bd.42 (1953) S.412 ff. mit Note B a t i f f o l .) Das Gericht stellte fest:

"Attendu que le seul fait de la nationalité française de la femme ne suffit pas à rendre dans tous les cas où l'état de cette dernière est en cause, la loi française obligatoirement compétente;
Attendu, en l'espèce, que les époux ..., ayant une nationalité différente, mais étant domiciliés l'un et l'autre en Equateur, c'est à bon droit que la Cour d' Appel a décidé que leur divorce était régi par la loi du domicile qui se trouvait, au surplus, être identique à la loi personnelle du mari et à la loi du for; ..."

Durch dieses Urteil wird die starre Anknüpfung an die französische Staatsangehörigkeit durch die Beachtung des Wohnsitzrechtes gemildert. Die Entwicklung ist noch im Fluß (Näheres bei B i s c h o f f , aaO., No.56 ff., S.55 ff.).

1) Art.24 II EGBGB.

2) Art.7 III EGBGB, den K e g e l (Soergel-Siebert, Tz.16 f. zu Art.7 EGBGB) zur allseitigen Kollisionsnorm ausbauen will.

3) Z.B. Art.18 II 1 (s. dazu S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1939, S.81 ff.) und Art.19 EGBGB.

Die alternative Anknüpfung an das inlandsbezogene Sachverhaltenselement ist der wichtigste Fall der ungleichen Abgrenzung. Wenn also entweder die Staatsangehörigkeit der Frau oder des Mannes im Falle der Scheidung hinreichen, das eigene Recht anzuwenden, bleibt dem Auslandsrecht nur die Scheidung einer rein ausländischen Ehe vorbehalten[1]. Für die internationale Ordnung ergibt sich daraus die Gefahr von Störungen, weil solche Urteile in geringerem Maße mit der ausländischen Anerkennung rechnen können, als andere, die auf gleichmäßiger Abgrenzung beruht[2].

c) Eine weitere und sogar notwendige Verzerrung ergibt sich durch die Ausstrahlung der institutionellen Normen. Hier wird der Einfluß des Verfassungsrechts auf alles Geschehen innerhalb eines Staatsgebietes wirksam. So unterliegt auch das Eigentum des Ausländers, das in das Gebiet der BRD verbracht wird, der Sozialbindung des Art.14 II GG[3], nur innerhalb ihres Staatsgebiets gilt das Recht der freien Meinungsäußerung, das etwa das ausländische Persönlichkeitsrecht modifiziert. Ein

---

1) Während die alternative Anknüpfung die Parität stört, kann die Kumulation gerade im Interesse der Parität geboten sein. So geschieht es um hinkende Ehen zu vermeiden, daß Art.13 I EGBGB die Ehevoraussetzungen kumuliert. Damit wird allerdings eine andere Entscheidung getroffen, denn die internationale Ehe wird als etwas von der nationalen Wesensverschiedenes angesehen, das darum einer besonderen Sachnorm unterworfen werden darf. Dieser Gedanke hat aber eine innere Berechtigung.

2) Es gibt Fälle, in denen das eigene Recht einen konditionalen Umfang mit Retorsionscharakter enthält, für das dt. Recht Art.25 S.2 EGBGB. Einen ähnlichen Fall kennt das französische Recht in der Loi v. 14.7.1819, deren Art.2 bestimmt:
"Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et Français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales."

3) Da es sich bei dieser Verfassungsnorm um eine institutionelle Norm handelt, ist der Grundsatz der Sozialbindung des Eigentums nicht von dem kollisionsrechtlichen Grundsatz der lex rei sitae abhängig.

streng territorialer Bereich legt sich über die andersartige Abgrenzung des Internationalen Privatrechts[1].

§ 15

Die modernen amerikanischen Theorien

Die überkommenen Lösungsversuche des IPR stoßen in den USA auf zunehmende Kritik[2]. Jeder Versuch, die Probleme des IPR sub specie orbis zu betrachten muß sich mit dieser Kritik auseinandersetzen und prüfen, ob es sich bei ihr um eine amerikanische Besonderheit handelt, oder ob die gewonnenen Ergebnisse exportfähig sind.

I. Die Grundsituation des IPR in den USA ist von einigen Gegebenheiten gekennzeichnet, die für die amerikanische Lage eigenartig sind und in dieser Konstellation sonst nirgends vorkommen. Die USA umfassen ein riesiges Gebiet, das nur zwei gemeinsame Grenzen mit anderen Staaten hat. Innerhalb dieses Gebietes besteht einerseits eine weitgehende rechtliche Homogenität, da Grundlage des amerikanischen Privatrechts das englische Common Law ist, andererseits, auf Grund der Privat-

---

1) Im einzelnen sind diese Fragen noch nicht völlig geklärt. So könnte man z.B. die Meinung vertreten, daß die alternative Anknüpfung an das Recht des jeweiligen deutschen Ehegatten durch Art.3 II GG geboten sei (s. B e i t z k e , Grundgesetz und Internationalprivatrecht, S.23 ff.; a.A. die h.M. vgl. K e g e l in Soergel-Siebert, Tz.3 ff. vor Art.13 EGBGB). Problematisch ist auch, wann man die institutionelle Wirkung der Grundrechte beginnen lassen will. So wird man davon ausgehen können, daß die Eigentumsbindung dann eintritt, wenn die Sache über die Landesgrenze gebracht wird. Selbst wenn man aber W e n g l e r folgt (JZ 1964, S.617 ff.) und auch dem Ausländer, der im Inland heiraten will den Schutz des Art.6 I GG gewährt, so wird doch dies nicht schon dann gelten, wenn sich die Verlobten nur zufällig hier aufhalten. Man wird zumindest einen inländischen Wohnsitz beider Verlobter verlangen müssen.

2) Bekannt ist Brainerd C u r r i e ' s Schlachtruf: "We would be better off without choice-of-law rules. We would be better off if Congress were to give some attention to problems of private law, and were to legislate concerning the choice between conflicting state interests in some of the specific areas in which the need for solutions is serious. In the meantime, we would be better off if we would admit the teachings of sociological jurisprudence into the conceptualistic precincts of conflict of laws."
(Selected essays on conflict of laws, S.183)

rechtsautonomie der einzelnen Bundesstaaten eine partielle Rechtsverschiedenheit, die zu zahlreichen Konflikten innerhalb des komplexen Systems "USA" führen kann[1]. Für die Lösung dieser Konflikte stellt die Verfassung nur Grundgedanken[2] zur Verfügung, im übrigen gibt es kein bundesrechtliches, sondern nur ein einzelstaatliches IPR, so daß auch die Bundesgerichte[3] verpflichtet sind, das einzelstaatliche IPR anzuwenden[4].

---

1) Reginald P a r k e r , Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, S.1 f. Die Zuständigkeit der Einzelstaaten ergibt sich aus einem Umkehrschluß aus Art.I, Sect. 8 U.S. Constitution.

2) S. oben S. 93

3) Über das Verhältnis von Bundesgerichten und Gerichten der Einzelstaaten S. P a r k e r , aaO., S.4 ff. und L ö e w e n s t e i n , Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in den Vereinigten Staaten, S.442 ff.

4) Dieses Problem hat seine eigene Geschichte: 1842 hatte der Supreme Court über die Frage zu befinden, ob in New York ein Wechsel wirksam übertragen worden sei. Die Zuständigkeit der Bundesgerichte ergab sich aus der verschiedenen "citizenship" der Parteien. Das Gericht war dabei an den "Rules of Decision Act" gebunden (28 U.S.C.A. § 725):
"The laws of the several States, except where the Constitution treaties or statutes of the United States otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in trials at common law, in the courts of the United States, in cases where they apply."
Der Supreme Court interpretierte nun diese Bestimmung dahin, daß sie nur staatliche Gesetze und lokales Gewohnheitsrecht erfasse, nicht aber das Common Law; daß er also ermächtigt sei, die Common-Law-Frage, ob der Wechsel richtig übertragen worden sei, nach seiner eigenen Auffassung entscheiden könne und müsse, ohne an die im Staate New York vorherrschende gebunden zu sein.
(Swift v. Tyson, 16 Pet. 1; 10 L.Ed. 865.)
1938 trat nun der in der amerikanischen Rechtsgeschichte seltene Fall ein, daß der Supreme Court ein eigenes früheres Urteil "overruled".
Ein gewisser Tomkins hatte die Erie Railroad Co. auf Schadensersatz für in Pennsylvania eingetretene Schäden vor den Bundesgerichten verklagt. Die Bundesgerichte hatten gemäß der Swift v. Tyson Doktrin nicht das Common Law von Pennsylvania, sondern "General Common Law" angewendet. Dagegen wandte sich das Rechtsmittel der Erie Railroad Co. (Certiorari). Der Supreme Court entschied (Erie Railwoad Co v. Tomkins 304 U.S. 64):
(1) Die Bestimmung des Rule of Decision Act habe eine andere als die früher angenommene Bedeutung, die Entstehungsgeschichte ergebe, daß unter "laws of the ... States" auch das Common Law gemeint war;

II. Der grandiose Versuch der American Restatement of the Law of Conflict of Laws, der besonders von Beale beeinflußt worden war, ist Gegenstand schwerer Angriffe geworden[1]. Das Restatement, das in seinem Drang zur Systematisierung und

---

(2) Die Swift v. Tyson Doktrin habe nicht zur Rechtseinheit, sondern im Gegenteil zu noch größeren Unterschieden geführt;
(3) Die Swift v. Tyson Doktrin sei "unconstitutional", denn "Except in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the State. And whether the law of the State shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a State whether they be local in their nature or 'general' be they commercial law or part of the law of torts. And no clause in the Constitution purposes to confer such power upon the federal courts."
Daraus folge, daß die Bundesgerichte das Common Law so anzuwenden hätten, wie dies in Pennsylvania geschehe, m.a.W., daß sie an die Präjudizien der Gerichte des Staates Pennsylvania gebunden seien.
1941 zog der Supreme Court daraus die Konsequenzen für das interstaatliche Privatrecht. Die "Stentor Electric Mfg. Co.", eine Gesellschaft mit Sitz in New York verklagte die "Klaxon Co.", eine Gesellschaft mit Sitz in Delaware vor dem für Delaware zuständigen Bundesgericht wegen Vertragsbruchs auf Schadensersatz. District Court und Court of Appeals hatten die Beklagte zu Schadensersatz zuzüglich der auf Grund eines Gesetzes des Staates New York geschuldeten gesetzlichen Zinsen verurteilt. Gegen letztere Verurteilung wandte sich die Beklagte mit dem Antrag auf Gewährung von "certiorari" an den Supreme Court. Der Supreme Court entschied (Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co., 313 U.S. 487):
Die Instanzgerichte hätten rechtsirrig gehandelt, als sie das Recht von New York auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien anwendeten (unter Berufung auf § 413 des Restatement of the Law of Conflict of Laws), ohne zu prüfen, ob auch ein Gericht des Staates Delaware den Fall nach dem Recht von New York entschieden hätte.
"We are of the opinion that the prohibition declared in Erie Railroad Co. v. Tomkins ..., against such independent determinations by the federal courts extends to the field of conflict of laws. The conflict of law rules to be applied by the federal court in Delaware must conform to those prevailing in Delaware's state courts."

1) Vgl. einerseits C o o k , zur Stellung Cooks s. H e i n i , SchwJIR Bd.XIX, 1962, S.34 ff. und C h e a t h a m , HarvLRev Bd.58, 1945, S.361 ff.; andererseits E h r e n z w e i g , Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd.7, 1956, S.521 ff.

Kodifizierung dem kontinental-europäischen Rechtsdenken nahesteht, wird als nur eine mögliche Methode des IPR angesehen, als "classificatory approach" dem die anderen Methoden: "functional approach" und "result-selective approach" gegenübergestellt werden[1].

1. Der "functional approach".

a) Dieser Ausdruck bezeichnet eine Methode, die Normenkonflikte durch eine verfeinerte Bestimmung des Grenzrechtes angehen will, mit dem erklärten Ziel, auf diesem Wege Konflikte zu vermeiden[2]. Die Methode hat Currie so beschrieben[3]:

"1. Normally, even in cases involving foreign elements, the court should be expected, as a matter of course, to apply the rule of decision found in the law of the forum.

2. When it is suggested that the law of a foreign state should furnish the rule of decision, the court should, first of all, determine the governmental policy expressed in the law of the forum. It should then inquire whether the relation of the forum to the case is such as to provide a legitimate basis for the assertion of an interest in the application of that policy. The process is essentially the familiar one of construction or interpretation. Just as we determine by that process how a statute applies in time, and how it applies to marginal domestic situations, so we may determine how it should be applied to cases involving foreign elements in order to effectuate the legislative purpose.

3. If necessary, the court should similarly determine the policy expressed by the foreign law, and whether the foreign state has an interest in the application of its policy.

---

1) Die Terminologie stammt von H a n c o c k , Festschr. f. Yntema, S.365 ff. Er definiert den "classificatory approach" als "the orthodox approach which seeks to apply the established choice-of-law rules to a particular case ... by the process of classification or characterization." (AaO., S.367)

2) H a n c o c k , aaO., S.368. Wenn sich nämlich herausstelle, daß die lex fori anzuwenden sei, das Recht eines anderen Staates nach dessen Zwecksetzung aber nicht, oder umgekehrt, dann liege überhaupt kein Konflikt vor.

3) C u r r i e , Selected Essays on the Conflict of Laws, S. 183 f.

4. If the court finds that the forum state has no interest in the application of its policy, but that the foreign state has, it should apply the foreign law.

5. If the court finds that the forum state has an interest in the application of its policy, it should apply the law of the forum, even though the foreign state also has an interest in the application of its contrary policy and, a fortiori, it should apply the law of the forum if the foreign state has no such interest."

Die von C u r r i e vorgeschlagene Methode stimmt verblüffend mit Gedankengängen überein, die in Europa propagiert werden und zu einem System einseitiger Kollisionsnormen als Grundlage des IPR führen sollen[1]. Fremdes Recht kommt also nur zur Anwendung, wenn die lex fori den Fall nicht regelt, das in Frage kommende fremde Recht aber nach seiner Zwecksetzung den Fall erfaßt. Damit bleiben allerdings zwei Fragen offen:

i) Wie ist der Fall zu lösen, wenn eine absolute Lücke vorliegt, also überhaupt keine Rechtsordnung an sich eingreift?

ii) Was ist zu tun, wenn zwar nicht die lex fori, aber zwei verschiedene fremde Rechte den Fall mit verschiedenartiger Regelung erfassen?

Ad i) Diese Frage scheint in der bisherigen Diskussion noch nicht erörtert worden zu sein. Das ist verständlich, weil die amerikanische Rechtslehre hart am Fall argumentiert und solche Fälle noch nicht eingetreten sind, da bei Fehlen eines Sonderstatuts ja immer das Common Law eingreift.

Ad ii) Mit dieser Frage hat sich C u r r i e befaßt. Er vermag sie aber nicht zu lösen, ja er behauptet, daß es für sie objektiv keine Lösung gebe. Den vernünftigsten Weg sieht er darin, für solche Fälle, die internationale Zuständigkeit zu verneinen[2]. Sei dieser Weg nicht gangbar, so liege die ver-

---

1) S. oben S. 196 ff.

2) C u r r i e , Selected Essays, S.607: "In my opinion, the best way for the courts to handle the case of the disinterested third state is, first, to dismiss on forum non conveniens grounds where that is an appropriate disposition."

nünftigste Lösung darin, die lex fori anzuwenden[1].

b) Die praktische Anwendung des "functional approach" stellt H a n c o c k am Beispiel von drei Fällen dar[2]:

Fall 1:[3]

Die Klägerin, deren domicile sich im Staat A befindet, klagt einen Schadensersatzanspruch wegen eines im Staate B entstandenen Schadens vor einem Gericht des Staates B ein. Nach dem Rechte des Staates B gehört dieser Anspruch zum gemeinschaftlichen Vermögen der Ehegatten, nach dem Recht des Staates A zum alleinigen Vermögen der Frau.
Die Kl. klagt in eigenem Namen, sie trägt vor, die Zustimmung ihres Mannes sei nicht zu erlangen, da er sie verlassen habe.
Lösung: Ein Konflikt liegt nicht vor. Das Recht des Staates B will nur die Gütergemeinschaft von Personen erfassen, die im Staate B ihr domicile haben[4].

Fall 2:[5]

Die Klägerin, eine verheiratete Frau mit domicile im Staat A klagt vor einem Gericht des Staates B einen Schadensersatzanspruch wegen eines in B erlittenen Schadens ein. Nach dem Recht des Staates A gehört der Anspruch zum Gemeinschaftsvermögen der Ehegatten, nach dem Recht des Staates B kann die Frau in eigenem Namen klagen.
Lösung: Hier liegt ein echter Konflikt vor, zwei Interessen stehen sich gegenüber: Das Recht des Staates A will den Güterstand aller Personen erfassen, die im Staate A

---

1) C u r r i e , aaO.: "... I suggest the application of the law of the forum, simply on the ground that no good reason appears why the court should apply any particular foreign law."

2) Y n t e m a - Festschrift, S.367 ff.

3) AaO., S.367 ff. Ein Fall dieser Struktur hatte sich zwischen den Staaten Mississippi (A) und Louisiana (B) zugetragen. Zum Ehegüterrecht in den USA s. P a r k e r , S.43 f.

4) H a n c o c k (S.368) preist seine Lösung deswegen, weil sie das Qualifikationsproblem umgehe.

5) AaO., S.370 ff. Ein Fall dieser Art hatte sich zwischen Louisiana (A) und Arkansas (B) abgespielt.

ihr domicile haben; das Recht des Staates B will den Ersatz für Schäden, die innerhalb des Staatsgebiets eingetreten sind, regeln. In diesem Falle wird jedes Forum sein eigenes Recht anwenden, d.h. seine "policy" durchsetzen, das Forum B wird den Schadensersatz der Frau zusprechen.

Fall 3:[1]

Die verheiratete Klägerin klagt vor einem Gericht das Staates B auf Schadensersatz. Nach dem Recht B gehört der Anspruch zu dem persönlichen Vermögen der Frau, nach dem Recht des Staates A in dessen Gebiet die Gatten ihr domicile haben ist er Gemeinschaftsvermögen der Ehegatten. Darüber hinaus kennt das Recht des Staates A die Regel, daß sich jeder Ehegatte mitwirkendes Verschulden des anderen Gatten zurechnen lassen muß. Mitwirkendes Verschulden des Mannes lag bei dem im Gebiet des Staates B eingetretenen Schadens der Frau vor.

Lösung: Der Staat B hat ein Interesse daran, den in seinem Gebiet eingetretenen Schaden nach seinen Gesetzen zu regulieren. Der Staat A hat ein Interesse daran, daß seine Regelung des Güterstandes anerkannt wird, daß also der Anspruch in die Gütergemeinschaft fällt, er hat aber kein Interesse daran, daß seine Regelung zu dem Ergebnis führt, seine Bürger leer ausgehen zu lassen. Also liegt hier kein echter Konflikt vor, das Recht A will den Fall nicht erfassen.

Der europäische Beobachter wird mit der Methode, mit der hier Interessen unterstellt werden, nicht von vornherein einverstanden sein. Die Frage, ob diese Methode überhaupt exportiert werden kann, läßt sich in diesem Rahmen nicht abschließend beantworten[2].

---

1) AaO., S.374 ff. Diesem Beispiel liegt ein Fall zwischen California (A) und Oregon (B) zugrunde.

2) H e i n i , SchJIR Bd.XIX (1962), S.59 ff. ist der Ansicht, daß der "functional approach" nur innerhalb der besonderen Gegebenheiten in den USA durchgeführt werden kann. Bezeichnend ist die Tatsache, daß innerhalb der amerikan. Diskussion fast nur Fälle erörtert werden, die sich zwischen den

2. Der "result selective approach".[1]

a) Die traditionelle Theorie kennt Fälle bei denen die Anwendung eines bestimmten Rechts entscheidend von dem Ergebnis abhängt, zu dem sie führen würde. Diese Fälle sind aber die Ausnahme, sie werden als solche unter dem Sammelbegriff des ordre public erfaßt.

Bundesstaaten der USA abgespielt haben (vgl. dazu die Beispiele bei C h e a t h a m , RdC Bd.99 (1960 I), S.291 ff.). Allgemein läßt sich aber feststellen:

(1) Das auf Grund dieser Theorie eintretende Übergewicht der lex fori ist nicht größer als im traditionellen System auch, denn:
   (a) ein deutsches Gericht wird deutsches Recht dort anwenden, wo die vom deutschen Gesetz verfolgte "policy" dies gebietet, also etwa bei der Beschränkung des Schadensersatzanspruchs durch Art.12 EGBGB, unabhängig von der Zwecksetzung des etwa in Frage kommenden ausländischen Rechts;
   (b) auch ein deutsches Gericht wird die durch Rück- oder Weiterverweisung entstandene Regelungslücke durch die Anwendung deutschen Rechts ausfüllen.

(2) Daß die sorgfältige Ermittlung des Umfanges eines fremden Gesetzes zu sinnvollen Ergebnissen führen kann, zeigt ein Beispiel von C u r r i e (Selected essays, S.704): Ein Angehöriger des Staates A besteigt ein Flugzeug, das einer Fluggesellschaft des Staates B gehört. Über dem Staat C stürzt die Linienmaschine auf Grund des Versagens des Flugzeugführers ab. Die Angehörigen des beim Absturz getöteten Fluggastes verklagen die Fluggesellschaft vor einem Gericht des Staates A auf Schadensersatz. Nach dem IPR des Staates A ist die lex loci delicti commissi, also das Recht C anzuwenden. Dieses Recht enthält eine Beschränkung auf einen Höchstbetrag. C u r r i e betont hier mit Recht, daß es sinnlos wäre, die Höchstbetragsgrenze des Staates C anzuwenden, wenn diese nur den Sinn hätte, die Bürger des Staates C zu schützen.

1) Der Ausdruck stammt von H a n c o c k , Yntema-Festschrift S.365, der diese Methode aber nicht weiter definiert.

Diesen Ausnahmefall versucht C a v e r s zum System zu erheben[1]. Er erörtert seine Methode an zwei Fällen:

Fall 1:[2]
Die Beklagte, eine minderjährige verheiratete Frau mit domicile im Staat A bestellt brieflich Waren bei einem Warenhaus im Staate B. Nach dem Recht des Staates A ist sie durch die Ehe voll geschäftsfähig geworden, nach dem Recht des Staates B nicht.

Fall 2:[3]
Wie Fall 1. Aber die Beklagte ist nach dem Recht des Staates A trotz der Eheschließung beschränkt geschäftsfähig geblieben, nach dem Recht des Staates B wäre sie geschäftsfähig geworden. Der Verkäufer klagt vor einem Gericht des Staates B auf Zahlung des Kaufpreises.

C a v e r s bezeichnet nun die bisherige Methode, die an die capacity der Käuferin und damit an das Recht ihres domicile anknüpft, als "blindfold test"[4], da sie das Ergebnis dieser Anwendung außer Acht lasse. So will er im Falle 1 das Recht des Staates A anwenden, nicht weil es lex domicilii oder lex contractus sei, sondern "because its application here so clearly produces an eminently sensible result".[5] Darum müsse aber nicht das Recht des Staates A auch im zweiten Falle angewendet werden, da es dann zum gegenteiligen Ergebnis führen würde. In diesem Falle müsse dem Gericht ein unabhängiges Urteil darüber erlaubt sein, ob es die dem Schutz der minderjährigen Ehefrau dienende Beschränkung der Geschäftsfähigkeit für gerechtfertigt halten wolle[6].

---

1) Selected Readings on Conflict of Laws, S.101 ff.
2) AaO., S.105 f. und S.112.
3) AaO., S.112.
4) AaO., S.106.
5) AaO., S.112.
6) AaO., S.112.

b) Zur technischen Durchführung seiner Methode schlägt C a - v e r s vor, die Bindung durch den Grundsatz: stare decisis dann nicht eintreten zu lassen, wenn das anzuwendende materielle Recht nicht zu dem gleichen Ergebnis führt, wie das von der Vorentscheidung angewendete[1]. Das auf Grund der angenommenen IPR-Regel anzuwendende Recht kann also einen Grund bilden, "to distinguish the case".

Diese Methode hat gegenüber dem "functional approach" den theoretischen Vorzug, daß sie nicht von vornherein dazu führt, im Falle eines Konflikts die lex fori anzuwenden. Dieser Vorzug dürfte aber nur theoretischer Natur sein. Wenn nämlich das Gericht nach seiner freien rechtspolitischen Entscheidung werten kann,wird diese Wertung sicher im Lichte der lex fori

---

1) Im einzelnen schlägt C a v e r s folgenden Weg vor (aaO., S.113 f.): "When a court is faced with a question whether to reject, as inapplicable, the law of the forum and to admit in evidence, as determinative of an issue in a case before it, a rule of law of a foreign jurisdiction, it should
(1) scrutinize the event of transaction giving rise to the issue before it;
(2) compare carefully the proffered rule of law and the result which its application might work in the case at bar with the rule of the forum (or other competing jurisdiction) and its effects therein;
(3) appraise these results in the light of those facts in the event or transaction which, from the standpoint of justice between the litigating individuals or of those broader considerations of social policy which conflicting laws may evoke, link that event or transaction to one law or the other; recognizing
a) in the use of precedent, that those cases which are distinguishable only in the patterns of domestic laws they present, may for that very reason suggest materially different considerations than the case at bar, and
b) in the evaluation of contacts, that the contact achieves significance in proportion to the significance of the action or circumstance constituting it when related to the controversy and the solutions there to which the competing laws propound."

vorgenommen werden[1]. Daß die Entscheidungsharmonie auf diese Weise empfindlich gestört wird, ist nach C a v e r s "inevitable"[2].

Damit steht an sich fest, daß C a v e r ' s Theorie einen Aufruf zur freien richterlichen Rechtsschöpfung mit starkem Übergewicht der rechtspolitischen Auffassung der lex fori enthält[3].

---

1) So auch die Kritik Y n t e m a ' s an C a v e r ' s Methode, R.C.D.I.P. Bd.48 (1959), S.10 f.: "À défaut de ligne directrice plus précise, elle engage, en effet, à choisir entre les règles concurrentes de systèmes juridiques différents et ce en tenant compte de la justice que les résultats de telles règles peuvent respectivement atteindre dans un cas donné. Elle conduit donc, par là même, ceux à qui incombe ce choix, gens trop affairés et qui ne sont pas toujours suffisamment informés, à se laisser guider par des préjugés tirés du système juridique qui leur est familier, donc avant tout de la lex fori."

2) AaO., S.112.

3) H e i n i , SchwJIR Bd.XIX (1962) S.45 f. ist der Meinung, man könnte gewisse Elemente von C a v e r ' s Methode auch im kontinentaleuropäischen Recht verwenden. Die Konsequenz dieser Methode, die Aufstellung bilateraler Kollisionsnormen, lehnt er allerdings ab (aaO., S.45, Fn.76).

§ 16

Steindorff

S t e i n d o r f f [1] verspürt ebenso wie die Amerikaner an der überkommenen Methode des IPR ein Ungenügen. Er hält sie für historisch und nicht notwendig durch die Natur der zu lösenden Probleme selbst bedingt.

I. S t e i n d o r f f führt es auf S a v i g n y zurück, daß als Aufgabe des IPR die Nationalisierung von Sachverhalten angesehen wird, d.h. die Entscheidung eines jeden Sachverhalts nach einem und nur einem nationalen Recht[2].

Diese Fragestellung nach der Rechtsordnung, die die Entscheidungsmaxime für den gegebenen Sachverhalt liefert, sieht er durch drei dogmatische Voraussetzungen bedingt:

1) Die Verselbständigung der einzelnen Rechtsinstitute des Privatrechts durch die Ausbildung von Begriffen wie: Subjektives Recht, Rechtsverhältnis, Rechtsinstitut und damit die Möglichkeit der selbständigen Anknüpfung von Teilfragen eines Sachverhalts[3];

2) die Abstraktion des Rechts von den Fakten, wodurch das Rechtsverhältnis und nicht der Sachverhalt zum Gegenstand der Anknüpfung genommen werden könne[4];

3) die begriffliche Abstraktion der Privatrechtsinstitute von den öffentlich-rechtlichen Bindungen. Dadurch werde die Mobilisierung des Privatrechtsinstituts und eine Theorie des wohlerworbenen Rechts möglich[5].

S t e i n d o r f f folgert, nur auf dieser Basis ließe sich das Prinzip der Entscheidungsharmonie als Ideal der Zuweisung eines jeden Sachverhalts zu einer bestimmten Rechtsordnung vor jedem Forum verwirklichen[6].

---

1) Sachnormen im internationalen Privatrecht.
2) S.42 ff.
3) S.45 f.
4) S.46 ff.
5) S.48 f.
6) S.49 f.

II. Gegen die überkommenen Lehrsätze wendet er sich mit der These, daß der internationale Sachverhalt vom nationalen wesensverschieden sei. Dies werde auch in der Praxis der Staaten nicht verkannt, einmal gebe es Beispiele dafür, daß nationale und sonst gleichgelagerte internationale Sachverhalte unterschiedlich von der gleichen Rechtsordnung behandelt würden[1], zum anderen sei auch dem heutigen IPR die Lösung durch Sachnormen nicht unbekannt[2].

An drei Fragenkreisen versucht er nun den Nachweis zu erbringen, daß die Anwendung jeweils einer einzigen Rechtsordnung nicht notwendig zu einer stets sachgerechten Lösung führt:

1) Die Qualifikation[3]: Die Unterwerfung eines Sachverhalts unter das Recht jeweils einer Rechtsordnung kann nur durch seine Aufteilung in Teilfragen und die gesonderte Anknüpfung dieser Teilfragen verwirklicht werden. Da aber die so künstlich zusammengesetzten Teile nicht zusammenpassen müssen, kann das Qualifikationsproblem auftreten. Seine Lösung nach nur einer Rechtsordnung hält S t e i n d o r f f nur für sachgerecht, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen die gleiche Rechtsordnung für anwendbar erklären oder alle denkbaren Qualifikationsmaßstäbe zum gleichen Ergebnis führen[4].

2) Die unerlaubte Handlung:

a) Im Bereich des Wettbewerbsrechtes ist die Entscheidung häufig von Werturteilen abhängig. S t e i n d o r f f weist an einer Überprüfung der Rechtsprechung nach, daß die Gerichte ihre Werturteile anders fällen, wenn es sich um internationalen Wettbewerb handelt und zwar auch dann, wenn die lex fori die Entscheidungsmaxime liefert, als wenn der Sachverhalt nur nationale Elemente enthält[5].

b) Im Bereich des Internationalen Wettbewerbs- und Kartellrechts kann eine Rücksichtnahme auf fremdes Recht gerade dann

---

1) Als Beispiel führt er an (S.25 f.): Fremdenrecht, internationale Zahlungen, Exportkartelle.

2) Z.B. die Anpassung und bestimmte Grenzfälle zwischen Fremdenrecht und IPR, S.30 ff.

3) S.52 ff.

4) S.115.

5) S.173.

geboten sein, wenn die Entscheidungsmaxime der lex fori entnommen wird[1].

c) Das Internationale Deliktsrecht kennt Fälle, die keinen natürlichen Schwerpunkt im Sinne der Fragestellung S a v i g n y s haben, weil sie zu mehreren Rechtsordnungen in gleicher Weise verknüpft sind[2]. Die Tatsache, daß für solche Fälle in Theorie und Praxis die verschiedenartigsten Anknüpfungspunkte empfohlen werden, zeigt, daß ein allgemein einleuchtender Schwerpunkt nicht vorliegt, so daß jede Anknüpfung an ein Teilelement eine Vergewaltigung des gesamten Sachverhalts darstellen würde.

Als Lösung empfiehlt er ein der Rechtsquelle nach nationales Jus gentium, wobei er die Gefahr nicht verkennt, daß die Gerichte dazu neigen, die lex fori zum Jus gentium zu erheben[3].

3) Das Vertragsrecht
Im Vertragsrecht erkennt er das gleiche Problem wieder in der Notwendigkeit, zwingende Normen von Rechtsordnungen zu beachten, die weder lex fori noch Schuldstatut sind[4].

4) Für das Recht der unerlaubten Handlungen, wie das der Verträge findet er in der Praxis der Gerichte, wie in der Lehre eine Stufenfolge von Lösungsmöglichkeiten[5]:

a) Anwendung des "international funktionsfähigen Rechts", nämlich des Rechts, das sich daraus ergebe, daß alle beteiligten Rechtsordnungen in ihren Sachnormen harmonisierten oder alle beteiligten Rechtsordnungen auf eine bestimmte Rechtsordnung hinwiesen[6];

---

1) Z.B. durch Berücksichtigung eines ausländischen Zeichenrechts des Verletzers im Falle der Verletzung eines inländischen Zeichens (S.185 f.).

2) Z.B. eine Ehrverletzung durch eine international verbreitete Zeitung (S.180).

3) Als Rechtssätze, die sich zu Normen eines Jus gentium eignen, sieht er solche an, die "sich funktionell als internationales Recht eignen, weil sie mit konkurrierenden Regelungen übereinstimmen oder als generalklauselähnliche Regelung eine materielle Rücksichtnahme auf die Internationalität eines Sachverhalts erlauben." (S.188).

4) S.192 ff. 5) S.256 f.

6) Unter den beteiligten Rechtsordnungen versteht S t e i n d o r f f diejenigen, zu denen der Sachverhalt in irgendeiner Beziehung steht.

b) fehle es an einem "international funktionsfähigen Recht", so seien Sachnormen anzuwenden, die einem internationalen Maßstab entsprächen oder zumindest mit der Mehrzahl der beteiligten Rechtsordnungen übereinstimmten;

c) lasse sich auch ein solches Recht nicht finden, so sei auf die richterliche Rechtsschöpfung zurückzugreifen und eine Lösung aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Zweckmäßigkeit und der Individualgerechtigkeit zu finden;

d) erst wenn alle diese Möglichkeiten versagen würden, bleibe die kollisionsrechtlich begründete Anknüpfung mit Hilfe der allgemein anerkannten Anknüpfungskriterien.

III. Auf Grund der von ihm untersuchten Beispiele glaubt S t e i n d o r f f nun einen allgemeinen Schluß ziehen zu können: Die Abstraktion der Rechtsverhältnisse von den Tatsachen und vom Zusammenhang mit der jeweiligen Rechtsordnung, die Voraussetzung des überkommenen Systems des IPR ist, könne nicht mehr aufrecht erhalten werden[1].

S t e i n d o r f f will die Zweiteilung von nationalem Recht und Völkerrecht durchbrechen, weil sie nicht mehr der Realität der internationalen Gesellschaft entspreche[2]. Er will ein neues Jus gentium schaffen, ein Richterrecht, der Rechtsquelle nach zwar national, aber der Eigenheit des internationalen Sachverhalts angepaßt und damit prädestiniert zu inhaltlicher Gleichheit.

---

1) S.262 ff.
2) S.264 ff.

Als Richtlinien schlägt er vor[1]:

a) Zwischen nationalen und internationalen Sachverhalten sei im IPR ein grundlegender Unterschied zu machen[2];

b) ein internationaler Sachverhalt sei dann gegeben, wenn der Sachverhalt zu keiner Rechtsordnung eine von vornherein einleuchtende Beziehung habe, also dort, wo die tatsächliche Beziehung des Sachverhalts zu einem Rechtsgebiet die zu anderen nicht überwiege. Das sei schon dann der Fall, wenn Zweifel an diesem Überwiegen auftauchten[3].

c) Die Entscheidung sei vom Fall her zu treffen, unter Berücksichtigung aller beteiligten Rechtsordnungen[4].

---

1) S.275 ff.
2) S.275 f.
3) S.276.
4) S.276 ff.

§ 17

Internationales Privatrecht und Nebeneinander der Rechtskreise

Die übliche Technik des Internationalen Privatrechts faßt Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl zur allseitigen Kollisionsnorm zusammen und darüber hinaus diese Norm noch allgemein und unabhängig von dem Recht, das auf Grund des in ihr enthaltenen Befehls anzuwenden ist. Als Korrektiv für unerwünschte Ergebnisse wird der Richter ermächtigt, von der Anwendung des an sich berufenen Rechts abzusehen, wenn dadurch ein Verstoß gegen den eigenen "ordre public" eintreten würde. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Verstoßes kann größer sein, wenn das berufene Recht inhaltlich von der lex fori besonders weit abweicht. Damit ist zu prüfen, ob der Zusammenstoß der verschiedenen Rechtsordnungen im Rahmen der Ausnahme des ordre public auch verschiedene Folgen bewirkt, so daß doch praktisch bilaterale Kollisionsnormen entstehen[1] können.

I. Von folgender Systematisierung der Rechtsordnungen ist dabei auszugehen:

1. Systematisierung nach der Gemeinschaft
Die grundlegende Unterscheidung, die in diesem Zusammenhang zu treffen ist, ist die zwischen staatlichem und nicht staatlichem Recht. Die zweite Gruppe zerfällt in

a) das in diesem Zusammenhang nicht interessierende Völkerrecht und supranationale Recht[2],

b) Rechtsordnungen innerhalb von Staaten, die daher komplexe juristische Systeme darstellen,

c) kirchliche Rechte[3].

---

1) Vgl. dazu V i s c h e r , Die rechtsvergleichenden Tatbestände im Internationalen Privatrecht. V i s c h e r ist der Ansicht, das IPR eines Staates könne nur gegenüber den Rechten funktionieren, die mit der lex fori in gewisser Weise übereinstimmen (aaO., S.134 f.).

2) Vgl. zum Unterschied: H o f f m a n n , Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, S.10 ff.

3) Dazu ist zu bemerken, daß geistliches Recht sehr wohl zu-

2. Einteilung nach Rechtskreisen

Die Interdependenz von Recht und Kultur erlaubt noch eine andere Einteilung.
So stellt Z w e i g e r t [1] auf folgende Faktoren ab:

i) Historische Herkunft
ii) spezifisch juristische Denkweise
iii) besonders kennzeichnende Institute
iv) Art der Rechtsquellen
v) ideologische Faktoren.

Nach diesen Merkmalen lassen sich acht Rechtskreise unterscheiden:

1. Romanischer Rechtskreis
2. deutscher Rechtskreis
3. nordischer Rechtskreis
4. angelsächsischer Rechtskreis
5. kommunistischer Rechtskreis
6. fernöstlicher (nichtkommunistischer) Rechtskreis
7. islamischer Rechtskreis
8. Rechtskreis des Hindu-Rechts[2].

---

gleich staatliches Recht sein kann. Das unten zu erörternde islamische Recht gibt dafür ein Beispiel. Das muß aber nicht so sein. Von gewissen Überschneidungen in Randzonen abgesehen, ist das kirchliche Recht dem staatlichen nicht untergeordnet, da die Gemeinschaft Kirche der Gemeinschaft Staat nicht untergeordnet ist, vgl. dazu S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Hans Liermann, S.222, Fn.6.

1) Yntema-Festschrift, S.42 ff.

2) Beispiele anderer Einteilungsschemata bringt S c h n i t z e r , Allgemeine Rechtslehre, Bd.I, S.133 ff.
S c h n i t z e r selbst schlägt folgende Einteilung vor:
Erster Rechtskreis: Recht der primitiven Völker;
Zweiter Rechtskreis: Recht der antiken Kulturvölker;
Dritter Rechtskreis: Euro-amerikanisches Recht, dieser Rechtskreis zerfällt in zwei Untergruppen:
Erste Gruppe: kontinentaleuropäisch-lateinamerikanisches Recht,
Zweite Gruppe: anglo-amerikanisches Recht.
Vierter Rechtskreis: Religiöse Rechte;
Fünfter Rechtskreis: Afro-asiatische Völker.
Gegen diese Einteilung bestehen unter den Aspekten der hier vorzunehmenden Untersuchungen Bedenken. Einmal erfaßt sie das Recht der kommunistischen Staaten nicht als eine eigene Gruppe, zum anderen kann das zum staatlichen Recht gewordene islamische Recht nicht einfach mit dem

II. Es ist wahrscheinlich, daß die Anwendung eines dem gleichen Rechtskreis angehörenden fremden Rechts am wenigsten Störungen verursachen und die Berufung auf den ordre public auslösen wird, dem Richter wird es in diesem Falle auch leichter möglich sein, sich in den Geist des fremden Rechts hineinzudenken.
Der Zusammenstoß zwischen Rechten aus verschiedenen Rechtskreisen soll nun am Beispiel des deutschen und islamischen sowie des Rechts der "kapitalistischen" Staaten und des kommunistischen Rechts überprüft werden.

1. Der Zusammenstoß mit dem islamischen Recht

a) Das islamische Recht ist in weitem Umfang ein religiöses, geoffenbartes Recht[1].
Das gibt ihm zwei Kennzeichen:

i) Die ursprüngliche Stellung des Islam zu den anderen Religionen war feindselig, da die Religion dem Moslem den heiligen Krieg gegen alle Ungläubigen gebot[2]. Nun war zwar von vornherein Krieg nicht identisch mit Kampf zu verstehen[3], aber das islamische Recht war nicht bereit, die Ungläubigen als gleichberechtigte Subjekte anzuerkennen. K h a d d o u r i [4] vergleicht den Status der nicht islamischen Staaten im alt-islamischen Recht mit dem der Insurgenten im modernen Völkerrecht: Ein faktischer Zustand wird anerkannt, dadurch übernimmt der Anerkennende auch gewisse Pflichten, er stellt den Partner aber nicht auf die gleiche Stufe wie sich selbst. Im Laufe der Geschichte milderte sich die Militanz und damit war auch die gleichberechtigte Begegnung des islamischen mit dem abendländischen Recht möglich geworden.

---

nicht zum staatlichen Recht gewordenen Recht der katholischen Kirche unter der Kategorie des religiösen Rechts zusammengefaßt werden.

1) Zu den Rechtsquellen der Scharia s. oben, S. 4 , Fn. 2

2) M a j i d K h a d d o u r i , War and Peace in the Law of Islam, S.62 ff.

3) K h a d d o u r i , aaO., S.64: "The jihâd ... may be stated as a doctrine of a permanent state of war, not a continuous fighting."

4) AaO., S.144.

ii) Dieser Prozeß wurde durch den streng persönlichen Charakter des islamischen Rechts erleichtert. Grundsätzlich gilt die Scharia nur für den Moslem, sie folgt ihm, wohin immer er geht[1]. Der Ungläubige war dagegen rechtlos, er konnte ohne weiteres getötet oder versklavt werden[2]. Mit der Ausdehnung des Islam durch Waffengewalt stellte sich aber das Problem, einen Status für die unterworfenen Ungläubigen zu finden, die vor den islamischen Kriegern kapituliert hatten. Sie erhielten den Status des "dhimmi"[3], d.h. sie mußten einen Tribut zahlen, handelten sich damit aber Leben, Freiheit, Eigentum und freie Ausübung ihres Glaubens ein. Zugleich lebten sie weiter nach ihrem bisherigen Recht; dieses bestimmte über ihre Ehen ebenso[4], wie über die testamentarische[5] und Intestaterbfolge[6]. Nur wenn der Dhimmi mit einem Moslem in Rechtsbeziehungen trat, griff ein Fremdenrecht ein mit Eheverboten[7] und Beschränkungen des Erbrechtes[8].

---

1) K h a d d o u r i , aaO., S.147 ff. und S.170 ff.

2) D e r s . , aaO., S.162 ff.

3) D e r s . , aaO., S.175 ff.; F a t t a l , Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam, S.71 ff.

4) F a t t a l , aaO., S.127 ff.

5) D e r s ., aaO., S.141 ff.

6) D e r s . , aaO., S.139 ff.

7) D e r s . , aaO., S.129 ff.: Ein Moslem darf zwar eine Christin, nicht aber ein Christ eine Moslime heiraten. Dieses Eheverbot findet sich auch in modernen islamischen Rechtsordnungen, vgl. Art.17 des irakischen Gesetzes über das Personalstatut v. 19.12.1959: Art.1059 des iranischen Bürgerlichen Gesetzbuches (jeweils nach Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht); zur Rechtslage in Libyen s. B e r g m a n n , aaO., Art. "Libyen", S.6; für Pakistan, B e r g m a n n , aaO., Art. "Pakistan", S.18 sub Nr.5; Art.31 des aegyptischen Gesetzes über das Personalrecht und die Erbfolge nach hanefitischem Ritus; das Recht Tunesiens und Syriens scheint solche Vorschriften nicht zu enthalten (jeweils nach B e r g m a n n , aaO.).

8) F a t t a l , aaO., S.137 ff.

b) Die personale Abgrenzung des islamischen Rechts mußte von vornherein dazu führen, daß die sich bildenden islamischen Staaten zu komplexen juristischen Systemen wurden. Während die juristischen Schulen des Islam sich territorial aufgliederten[1], wurden die Ungläubigen in den kritischen Bereichen des Familien- und Erbrechtes vom islamischen Recht, aber auch von der geistlichen Gerichtsbarkeit des Islam nicht erfaßt. Sie blieben ihren geistlichen Gerichten unterworfen und mit der Laisierung der europäischen Rechtsordnungen wurde die auf Grund der Kapitulationen begründete Konsulargerichtsbarkeit eine Notwendigkeit[2].
Daher ist auf seiten der islamischen Staaten eine gewisse Aufgeschlossenheit für die Anwendung fremden Rechts, die eine psychologische Grundvoraussetzung für jedes IPR darstellt, gegeben[3].

---

1) Der Islam ist schon frühzeitig in Schiiten und Sunniten zerfallen. Schiitisches Recht, dessen Kennzeichen die Ablehnung des Analogieschlusses ist, gilt im Iran. Auch heute erfaßt das iranische Zivilgesetzbuch nur die Moslems schiitischer Konfession (B e r g m a n n , aaO., Art. Iran, S.4 f.). Der sunnitische Islam zerfällt in vier Rechtsschulen:
1. Die hanefitische Schule in der früheren Türkei (die moderne Türkei gehört mit der Rezeption des schweizerischen ZBG nicht mehr dem islamischen Rechtskreis an), Aegypten, Syrien, Irak, Teile Indiens; sie ist die liberalste;
2. die schaffitische Schule in den malayischen Gebieten, Indonesien und Südarabien;
3. die malekitische Schule in Marokko, Algerien, Tunesien und Zentralafrika;
4. die wahabitische Schule in Saudi-Arabien; die beiden letzteren Schulen erkennen als Rechtsquellen nur Koran und Sunna an. Zur modernen Entwicklung vgl. A n d e r s o n , Islamic Law in the Modern World, S.81 ff.

2) S. dazu das Urteil des IGH v. 27.8.1952, U.S. Nationals in Morocco, Reports 1952, S.191.

3) Das IPR der islamischen Staaten zeigt folgendes Bild:
Aegypten: Art.10 ff. des Zivilgesetzbuches v. 29.7.1948 "Staatsangehörigkeitsprinzip";
Iran: Art.5 ff. des Zivilgesetzbuches enthält nur einseitige Kollisionsnormen, das Personalstatut wird nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip abgegrenzt;
Syrien: Art.11 ff. des Zivilgesetzbuches, Staatsangehörigkeitsprinzip.
(Nach M à k a r o v , Quellen des Internationalen Privatrechts). Die übrigen islamischen Staaten scheinen ihr IPR noch nicht kodifiziert zu haben.

c) Die Fälle, in denen deutsche Gerichte nach islamischem Recht entscheiden mußten, sind nicht sehr zahlreich. Die vorliegenden Konflikte betreffen nahezu alle das Familienrecht[1].

i) Für das Eherecht haben sich folgende Grundsätze herausgebildet:

Die Eheschließung einer Deutschen mit einem Moslem wird als gültig angesehen, wenn sie in einem islamischen Land in der dort vorgeschriebenen Form erfolgt. Diese Ehen sind gültig, auch wenn sie virtuell polygamisch sind[2];

---

1) Eine Ausnahme bildet der Fall, der dem Urteil des Reichsgerichts vom 13.12.1911 zugrunde lag (RGZ Bd.78,190): Hier hatte ein Deutscher einen anderen Deutschen vor dem Konsulatsgericht in Casablanca verklagt mit dem Antrag, der Beklagte möge ein bestimmtes Grundstück räumen und sich in ein Verfahren vor dem Kadi über das Eigentum an dem Grundstück einlassen. Das Reichsgericht bejahte das Rechtsschutzbedürfnis für diese Klage, weil einerseits die Konsulargerichte keine Jurisdiktion über Grundstücke hätten, andererseits das Verfahren vor dem Kadi aber auf freiwilliger Einlassung beruhe, so daß der eingeschlagene Weg die einzige Möglichkeit für den Kläger sei, zu einem Rechtstitel zu kommen.

2) OLG Celle, Urt. vom 27.9.1957, FamRZ 58,30. Es handelte sich allerdings nicht um eine wirklich polygame Ehe (Aegypten).
Einen ähnlichen Fall betrifft die Entscheidung des LG Hamburg vom 16.10.1958 (StAZ 1960,99 m.Anm. v. Henrich). Hier hatte in Libyen ein zum Islam übergetretener Deutscher eine zum Islam übergetretene Engländerin geheiratet. Das Gericht stellte fest, daß die Ehe nach deutschem Recht gültig wäre, nicht aber nach englischem, da dieses auch virtuell polygame Ehen von Engländern für "void" erachte; die Ehe folge dem ärgeren Recht.

die Scheidung durch talak wird anerkannt[1], auch wenn der Scheidebrief der deutschen Frau im Inland zugeht[2]; dagegen sind für die Scheidung mohammedanischer Ehen die deutschen Gerichte international nicht zuständig[3].

---

1) Zwar hatte das OLG Dresden in einem Beschluß vom 18.1. 1927 (IPRspr. 1926-27, Nr.10) festgestellt, daß die private Scheidung nach dem alten türkischen Recht gegen Art. 30 EGBGB verstoße. Dieser Fall hatte aber die Besonderheit, daß die Scheidung vor dem türk. Konsul in Deutschland ausgesprochen worden war.
Schon im O.a.R. Bey Komplex (LG München I, Urt. vom 22.11.1904, ZIntPStR Bd.14,385; OLG München, Urt. vom 31.3.1905, ZIntPStR Bd.16,34; BayObLG, Urt.vom 29.9. 1905, ZIntPStR Bd.16,286 und wiederum OLG München, Urt. vom 22.11.1909, ZIntPStR Bd.20,529) wurde festgestellt, daß die private Scheidung des alten türkischen Rechts nicht gegen den ordre public des preuß. ALR verstoße. Den Verstoß gegen den deutschen ordre public verneinten auch das LG Berlin II mit Urteil vom 26.3.1931 (IPRspr. 1931 Nr.2 und das LG Dresden mit Beschl. vom 22.12.1931 IPRspr. 1932 Nr.72). Das gilt auch, wenn ein exterritorialer Iranier die Scheidung in der Form des iran. Rechts. von seinem Konsulat registrieren läßt (LG Stuttgart, Urt. vom 24.4.1959, FamRZ 1959,506 mit krit. Anm. v. B e i t z k e), nicht aber, wenn die Scheidung von einer nicht exterritorialen Person ausgesprochen und von einem mohammedanischen Geistlichen in Berlin registriert wurde (KG, Beschl. vom 21.12.1931, IPRspr. 1931 Nr.142; die dort gebrauchte Formulierung, es handele sich um eine Scheidung "durch" ein geistliches Gericht, ist unzutreffend), da diese Anerkennung gegen das gerichtliche Scheidungsmonopol verstoßen würde.

2) So war es im O.a.R. Bey Fall und in dem Falle, der der Entscheidung des LG Berlin II v. 26.3.1931 (s. oben) zugrunde lag.

3) KG, Beschl. v. 11.5.1931, IPRspr. 1931 Nr.142, KG, Beschl. v. 15.1.1934, IPRspr. 1934, Nr.117, KG, Beschl. v. 25.10. 1937, JW 1937, S.3249.
Da das islamische Recht für die Frau die Scheidungsgründe sehr eng beschränkt (vgl. C h a r l e s , Le droit musulman, S.56 f.), wird durch diese Rechtsprechung die Stellung der deutschen Frau sehr beeinträchtigt.

ii) Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern gab zu der Prüfung Anlaß, ob ein Kind durch die Ehe seiner Eltern legitimiert werde[1] und wie die Anerkennung des hanefitischen Rechts zu qualifizieren sei[2].
Auch die Aberkennung der elterlichen Gewalt mußte geprüft werden[3], die Übereinstimmung des islamischen mit dem deutschen Recht läßt diesen Fall aber als international-rechtlich unproblematiach erscheinen.

---

1) LG II Berlin, Beschl. v. 24.4.1933, IPRspr. 1933, Nr.50; die Feststellung, daß das hanefitische Recht Aegyptens die Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht kenne, wird vom Gericht ohne weiteres akzeptiert.

2) Der oben zitierte Beschl. des LG Berlin II stellte fest, die Anerkennung des Kindes liege vor, damit sei es ehelich geworden. Ohne auf das Qualifikationsproblem einzugehen, wendet das Gericht Art.22 EGBGB an (der Beschluß wurde vom KG mit Beschl. v. 16.6.1933 aufgehoben, ohne daß das KG die Sachentscheidung selbst gerügt hätte, der Beschl. des KG ist aaO. abgedruckt).
Dagegen wendete das KG in einem Urteil v. 21.10.1939 (DR 1940, 1375) auf die gleiche Frage Art.18 I EGBGB an. Es qualifizierte die Anerkennung des hanefitischen Rechts gemäß dem deutschen Recht als Adoption und stellte im konkreten Falle fest, daß die Voraussetzungen der Adoption nicht vorlägen (obwohl das islamische Recht allgemein die Adoption nicht kennt, s. dazu und zur Anerkennung: C h a r l e s , Le droit musulman, S.58 ff.).

3) Das BayObLG mußte in einem Beschl. v. 6.12.1933 (IPRspr. 1933 Nr.63) prüfen, ob einem in Bayern lebenden libanesischen Staatsangehörigen wegen Vernachlässigung seiner hier lebenden Kinder das Sorgerecht entzogen werden könne. Es sah sich durch Art.19 EGBGB auf das libanesische Recht verwiesen, stellte aber zugleich fest, § 1666 BGB gehöre zum deutschen ordre public, ein ihm widersprechendes ausländisches Recht könne nicht angewendet werden. Die Vorbehaltsklausel brauchte aber nicht einzugreifen, da das libanesische Recht ebenfalls den Entzug des Sorgerechts bei Vernachlässigung kennt.

So läßt sich zusammenfassend feststellen: Die Begegnung von zwei Rechtsordnungen die aus verschiedenen Rechtskreisen stammen, muß nicht notwendig zu einer übermäßigen Berufung auf die ordre public Klausel führen[1].

2. Der Zusammenstoß mit dem Sowjetrecht

a) Das sowjetische Recht unterscheidet sich von anderen Rechtsordnungen darin, daß es nicht darauf abzielt, im Rahmen des dem Menschen Möglichen, die Gerechtigkeit auf Erden zu verwirklichen. Für den Sowjetjuristen gilt:[2]

> "Law is the totality (a) of the rules of conduct expressing the will of the dominant class and established in legal order, and (b) of customs and rules of community life sanctioned by State authority - their application being guaranteed by the compulsive force of the State in order to guard, secure, and develop social relationships and social orders avantageous and agreeable to the dominant class."

Das Recht der nicht kommunistischen Staaten ist für ihn nicht ein andersartiges aber gleichwertiges Recht, sondern[3]

> "that subtle and poisoned instrument which defends the interests of the exploiters ... oppressive and hostile to the people."

Von dieser Grundauffassung her müßte man annehmen, daß die normalen Beziehungen, die für das Funktionieren eines Internationalen Privatrechts nötig sind, zwischen kommunistischen und nicht kommunistischen Staaten nicht gegeben sind.

---

1) In diesem Zusammenhang darf auf ein Kuriosum hingewiesen werden. Deutsche Gerichte haben, wie gezeigt, die Talak-Scheidungen des islamischen Rechts anerkannt, konnten dagegen die gerichtlichen Scheidungen des modernen türkischen Rechts, wenn sie gegen Art.17 IV EGBGB verstießen, nicht anerkennen (AG Dresden, Beschl. v. 6.10.1930, IPRspr. 1931 Nr.150 und VGH Stuttgart, Urteil v. 8.11.1954, FamRZ 1955,178).

2) V y s h i n s k y , The Law of the Soviet State, S.50.

3) V y s h i n s k y , aaO.

Trotzdem kennen die Staaten des Ostblocks ein Internationales Privatrecht, ihre Gerichte wenden das Recht der "kapitalistischen" Staaten an. Das hat folgenden Grund[1]:

"Den Inhalt der zum IPR gehörenden Normen bestimmen die allgemeinen Aufgaben der sowjetischen Außenpolitik."

Zu diesen Aufgaben gehöre es heute, die Geschäftsbeziehungen der Sowjetunion zu den nicht kommunistischen Ländern zu schützen und die "juristische Intervention" dieser Staaten abzuwenden[2].

Jeder Außenhandel setze nun notwendig die Anerkennung der Rechtsordnung des ausländischen Vertragspartners voraus. Wenn die UdSSR in der BRD einkaufe, erkenne sie damit die Eigentumsordnung in der BRD an, genauso, wie dies im umgekehrten Falle zutreffe[3].

Aus den gleichen Gründen müsse die Rechtsfähigkeit der jeweiligen juristischen Personen anerkannt werden[4]. Da es durch die Handelsbeziehungen notwendig geworden sei, Ausländern den Aufenthalt in der UdSSR zu gestatten, müßten deren persönliche Rechtsbeziehungen nach fremdem Recht, in der Regel dem Recht ihrer Staatsangehörigkeit beurteilt werden[5]. Aus diesem Grunde kenne das sowjetische IPR die klassische Anknüpfung nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip mit gewissen Ausnahmen an die lex loci actus[6].

Das IPR der Ostblockstaaten operiert gegenwärtig noch aus einer defensiven Situation heraus. Es muß darauf abzielen, die Anerkennung des "sozialistischen Eigentums" in den nicht kommunistischen Staaten sicherzustellen. Daher wird auch

---

1) L u n z , Internationales Privatrecht, S.27.

2) P e r e t e r s k i - K r y l o w , Internationales Privatrecht, S.9; R é c z e i , Internationales Privatrecht (Ungarn), S.43.

3) L u n z in dem Sammelband: Fragen des Internationalen Privatrechts, S.19 f.

4) P e r e t e r s k i - K r y l o w , S.9.

5) P e r e t e r s k i - K r y l o w , S.8.

6) L u n z , S.28.

eine stärkere Verbindung von IPR und Völkerrecht angenommen, als dies in der westlichen Theorie üblich ist. So wird behauptet, es bestehe kraft Völkerrechts eine Pflicht das "sozialistische Eigentum" anzuerkennen[1], mit der Folgerung, daß die Enteignungen in den sozialistischen Staaten exterritorial wirken müßten[2]. Weiterhin gebiete das Völkerrecht den kapitalistischen Staaten, das sowjetische Außenhandelsmonopol anzuerkennen, mit der Folge daß der Sowjetstaat auch dort wo er jure gestionis auftrete, Immunität genieße[3]. Andererseits wird aber auch eine völkerrechtliche Pflicht der sozialistischen Staaten angenommen, zwischen dem Recht der kapitalistischen und dem der anderen sozialistischen Staaten nicht zu diskriminieren[4].

b) Für die Staaten des Ostblocks führt die Anwendung des Rechts der "kapitalistischen" Staaten zu keinen Störungen ihrer inneren Ordnung, weil sie durch die nach innen unbeschränkte Staatsmacht jederzeit das ihnen genehme Maß an Beziehungen ihrer Bürger zur Außenwelt bestimmen können. Dagegen war für die nicht kommunistischen Staaten das Auftreten der Sowjetunion auf der Weltbühne ein absolutes Novum, das die Gerichte vor ganz neuartige Probleme stellte. Die Staaten der islamischen Welt hatten zu dieser Zeit eine lange Geschichte hinter sich, sie waren in die Staatengemeinschaft des Jus Publicum Europaeum hineingewachsen und stellten ihrerseits die Rechtsordnungen der nicht islamischen Staaten nicht mehr grundsätzlich in Frage.
Dagegen befaßt das neue Sowjetrecht auch die Gerichte mit neuartigen, und zumindest in diesem Umfang bisher noch nicht bekannten Problemen:

---

1) L u n z , S.23, P e r e t e r s k i - K r y l o w , S.9, S.100 ff.

2) B y s t r i c k ý im Sammelband: Fragen des IPR, S.92 ff.

3) L u n z , S.17 f., 23; P e r e t e r s k i - K r y l o w , S.208 ff.

4) L u n z , S.23; R é c z e i , S.44; P o p e s c u im Sammelband: Fragen des IPR, S.75 f.

i) Die meisten Staaten verweigerten der Sowjetregierung anfangs die Anerkennung. Damit mußten sich die Gerichte mit der Frage auseinandersetzen, ob sie das Recht einer nicht anerkannten Regierung anwenden durften[1].

ii) Die Sowjetregierung hatte von vornherein das Ziel, die Eigentumsordnung in ihrem Machtbereich vollständig zu verändern. Dabei ging sie davon aus, daß ihre Sozialisierungsgesetze auch im Ausland belegenes Vermögen erfassen sollten, soweit dies den jetzt als Sowjetbürgern in Anspruch genommenen Russen gehörte und weiter, daß auch das im jetzigen Staatsgebiet der neuen Macht belegene Vermögen der Ausländer konfisziert wurde[2].

---

1) Im Falle Luther v. Sagor verweigerte die erste Instanz der Konfikation die Anerkennung und gab der Herausgabeklage der früheren Eigentümer statt. Während aber das Verfahren vor dem Court of Appeals schwebte, hatte die brit. Regierung die Sowjetregierung anerkannt. Daran war das Gericht auf Grund der allgemeinen Praxis der englischen Gerichte gebunden. (3 K.B. 532 (1921) = 2 BILC 97). In gleicher Weise verhielten sich die französischen Gerichte, im Falle Bouniatian c. Optorg verweigerte das Trib.Civ.Seine der sowjet. Enteignung die Anerkennung in Frankreich (Clunet 1924,133). Diese Entscheidung war der Anlaß dafür, daß die Sowjetunion die zu dieser Zeit laufenden Wirtschaftsverhandlungen mit Frankreich abbrach (s. dazu S e i d l - H o h e n v e l d e r n , Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, S.18 f.).

2) Der Ablauf des daraus entstandenen diplomatischen Konfliktes ist dargestellt bei B i r k e , Die Konfiskation ausländischen Privatvermögens im Hoheitsbereich des konfiszierenden Staates nach Friedensvölkerrecht, S.55 ff. Bemerkenswert ist immerhin, daß die USA im sog. "Litvinoff Assignment" 1933 die extraterritoriale Wirkung der sowjetischen Enteignungen mittelbar anerkannte (Text: AJIL 1934, Anhang, Doc No.1, Näheres bei S e i d l - H o h e n v e l d e r n ,aaO., S.142 ff.).
Der Rapallo-Vertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Sowjetunion (RGBl.1922 II 677) enthielt in Art.2 einen Verzicht des Deutschen Reiches auf alle Ansprüche, die sich für dt. Staatsangehörige aus den sowjetischen Enteignungsmaßnahmen ergeben konnten. Die Praxis der deutschen Gerichte entnahm dieser Bestimmung auch die allgemeine Anerkennung dieser Konfiskationen. Das Problem der extraterritorialen Wirkung scheint sich den deutschen Gerichten aber nicht gestellt zu haben (Näheres bei S e i d l - H o h e n v e l d e r n , aaO., S.147 ff.).

Darüber hinaus stellte sich aber ganz allgemein die Frage, ob der neuen Regierung die Gebietshoheit zur völligen Umgestaltung der Eigentums - und Wirtschaftsordnung innerhalb ihres Staatsgebiets zuerkannt werden sollte, oder ob man diese Maßnahmen als einen Verstoß gegen einen übernationalen ordre public werten müsse[1].

Das Ergebnis all dieser Konflikte überrascht: Das neue Recht, das schon in seinen Grundlagen jede Gemeinschaft mit den überkommenen Rechtsordnungen ausschloß, wurde nicht weiter diskriminiert. Die Gerichte der sogenannten kapitalistischen Staaten behandelten die sowjetischen Sozialisierungen nicht

---

1) Im Falle Luther v. Sagor (s. oben S.270 Fn.1) setzte sich Richter S c r u t t o n mit dem Einwand der Kläger auseinander, die sowjetische Gesetzgebung verstoße ganz allgemein gegen Moral und Gerechtigkeit:
"But it appears a serious breach of international comity, if a state is recognised as a sovereign independent state, to postulate that its legislation is 'contrary to essential principles of justice and morality'. Such an allegation might well with a susceptible foreign Government become a casus belli; and should in my view be the action of the Sovereign through its ministers, and not of the judge in reference to a state which that Sovereign has recognised."
...
"Individuals must contribute to the welfare of the State, and at present British citizens who may contribute to the State more than half their income in income tax and super tax, and a large proportion of their capital in death duties can hardly declare a foreign state immoral which considers (through one may think wrongly) that to vest individual property in the state as representing all citizens is the best form of proprietary right. I do not feel able to come to the conclusion that the legislation of a state recognised by my Sovereign as so contrary to moral principles that the judges ought not to recognise it. The responsibility for recognition or non-recognition with the consequence of each rests on the political advisers of the Sovereign and not on the judges."

anders, als sie früher die Enteignungen in anderen Staaten behandelt hatten[1] und die russischen Flüchtlinge, die durch die Ausbürgerungsgesetze des Sowjetstaates die Staatsangehörigkeit verloren hatten, wurden teilweise weiterhin erbarmunglos dem Sowjetrecht unterworfen[2].
Völkerrechtliche Probleme, politische Grundfragen waren es, die das neue Regime aufwarf, die Praxis des Internationalen Privatrechts wurde davon nur in geringem Umfange verändert.

III. Das bisher gezeichnete Bild wird besonders plastisch, wenn man dagegen hält, in welchen Fällen europäische Gerichte die Anwendung des Rechts eines anderen europäischen Staates auf Grund der ordre public Klausel verweigerten.
1. Deutsche Gerichte haben durchgesetzt: den § 1300 BGB gegen das österreichische Recht[3], die §§ 1705 ff. gegen das griechische[4], österreichische[5] und italienische[6] Recht, die §§ 1591 ff. BGB gegen das französische Recht[7].

---

1) So gab es in den USA als Präzedenzfälle bereits Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 = 62 L.Ed. 726 Ricaud v. American Metal Co., 246 U.S. 304 = 62 L.Ed. 733 und Shapleigh v. Mier, 299 U.S. 468 = 81 L.Ed. 355; alle Fälle betrafen mexikanische Enteignungen.

2) So z.B. die deutsche Rechtsprechung auf Grund des Art. 29 EGBGB alter Fassung, Nachweise bei S o e r g e l - S i e b e r t - K e g e l , Tz.101 vor Art.7 EGBGB.

3) BGHZ 28,375.

4) AG Ludwigstadt, IPRSpr. 1952-53, Nr.201.

5) AG Landsberg, IPRSpr. 1952-53 Nr.202.

6) LG Essen, IPRSpr. 1958-59 Nr.6 b.

7) LG Regensburg, IPRSpr. 1954-55 Nr.120, LG Wuppertal, IPRSpr. 1958-59 Nr.133.

2. Französische Gerichte haben das dem Art.1382 und 1384 widersprechende deutsche und ungarische Recht als gegen den französischen ordre public verstoßend betrachtet[1], ebenso den § 1708 BGB, weil seine Bemessungsprinzipien gegen die des französischen Rechts verstoßen würden[2].
3. Italienische Gerichte haben auf dem Weg über die ordre public Klausel das kanonische Eherecht rigoros durchgesetzt[3].
Der "défaut de communaute juridique" ist in diesen Fällen also auch zwischen Staaten der gleichen Kulturordnung, ja sogar des gleichen Rechtskreises angenommen worden.
Daraus läßt sich entnehmen, daß das Nebeneinander der Rechtskreise auf den Bereich des ordre public keine besondere Bedeutung auszuüben scheint.

---

1) Tribunal de la Seine, Amigues Lucien c. Amigues Jean-Pierre, R.C.D.I.P. 1964, 111; Cour d'appel de Paris, Deloisy c. Pentek et autres, R.C.D.I.P. 1965, S.353.

2) Cour d'appel de Paris, Office de la jeunesse de la cité de Stuttgart c. Dame Drouide veuve Chambon, R.C.D.I.P. 1965, S.697.

3) Eine Zusammenstellung der italienischen Rechtsprechung findet sich bei V i t t a , R.C.D.I.P. 1965, S.267 ff.

Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Abschnitts:

I.

Ausgangspunkt des Internationalen Privatrechts ist die Erkenntnis, daß Elemente eines Sachverhalts, die zu einer anderen Gemeinschaft Beziehung haben, die Anwendung des eigenen Rechts in Frage stellen. Obwohl die eigene Rechtsordnung als gerechte Ordnung empfunden wird, ist diese Wertung nicht absolut, es stellen sich andere entgegen, die die Grenzen des eigenen Rechts bewußt machen.
Eines der gewichtigsten Argumente gegen die Anwendung des eigenen Rechts ergibt sich daraus, daß die Entscheidung eines Rechtsfalls überall gleich ausfallen soll, wo auch immer das Forum sitzt, vor dem der Rechtsstreit anhängig gemacht wird.

II.

Aus der Geschichte des Internationalen Privatrechts bleiben folgende Grundthesen bedeutsam:

1. Keine Gemeinschaft kann einer anderen, gleichgeordneten Gemeinschaft Rechtsanwendungsbefehle erteilen. Soweit sich nicht solche Befehle aus einem übergeordneten Recht ergeben, ist die Frage der Anwendung fremden Rechts von den für das Forum maßgebenden Wertungen abhängig (Comitas-Lehre).

2. Versteht man das Privatrecht als eine dem Staat vorgegebene, staatlicher Gestaltung entzogene Materie, so bleibt es allein Aufgabe des Richters, die für die Entscheidung richtige Rechtsordnung zu finden. Da das Privatrecht keine scharfen Grenzen kennt, kann er vom Fall ausgehen statt von der Norm und ihrem Umfang. Aus den so gewonnenen Maximen lassen sich allgemeine Regeln für ein Weltrecht finden, ein r i c h t i g e s Internationales Privatrecht (Savigny).

3. Geht man dagegen vom Zweck der staatlich gesetzten rechtlichen Regelung aus, so lassen sich Grenzen postulieren, die allgemein anerkannt werden können und daher ebenfalls zu einem richtigen Internationalen Privatrecht führen. So lassen sich gewisse Normenkategorien mit territorialer Grenze (Zuordnung von Grundstücken, Friedensordnung innerhalb der territorial begrenzten Gemeinschaft) oder mit personaler Grenze finden (Personalstatut), also r i c h t i g e Anknüpfungen, deren Befolgung dann auch zur Entscheidungsharmonie führt. Als Ausgangspunkt kann die Verbindung des einzelnen mit seiner Gemeinschaft (Mancini, Frankenstein), die Natur der Sache (von Bar) oder die Achtung vor der völkerrechtlich verliehenen Kompetenz des anderen Staates angenommen werden (Zitelmann).

III.

Der Aufbau eines Internationalen Privatrechts von einem einheitlichen Prinzip her (einseitige Kollisionsnormen, Schutz der wohlerworbenen Rechte, Schutz der berechtigten Erwartung) setzt voraus, daß alle staatlichen Rechte in gleicher Weise abgegrenzt sind, der positive wie der negative Normenkonflikt sind durch diese Systeme nicht lösbar.

IV.

Das Ziel der Entscheidungsharmonie ließe sich dadurch erreichen, daß die Grenzen der Zuständigkeit der staatlichen Organe überall gleich gezogen werden, so daß für einen Sachverhalt nur ein bestimmtes Forum gegeben ist. Der gleiche Weg kann stattdessen auch durch die entsprechende Begrenzung des materiellen Rechts begangen werden, so daß für jeden Sachverhalt nur eine bestimmte Rechtsordnung gegeben ist. Da dieser Zustand nicht erreicht ist, bleiben nur gewisse Hilfsmittel, die in vielen Fällen, aber nicht stets zum Ergebnis der Entscheidungsharmonie führen.

Dazu gehört die Beachtung der sog. Rück- und Weiterverweisung soweit sie zur Harmonie führt, und die Sonderanknüpfung der Vorfrage und der nicht funktionell typischen Institute.

V.

Dem Postulat der Entscheidungsharmonie steht die absolute Anknüpfung entgegen, die unabhängig vom Umfang des fremden Rechts auf einem Anknüpfungsmoment beharrt sowie die ungleiche Anknüpfung von eigenem und fremdem Recht. Eine rechtliche Entscheidung zwischen den dahinter stehenden Wertungen könnte nur durch eine übergeordnete Rechtsordnung getroffen werden.

VI.

Den modernen Theorien lassen sich folgende Grundsätze entnehmen:

1. Das Recht einer Rechtsordnung ist nicht anzuwenden, wenn es seiner Zwecksetzung nach den Sachverhalt überhaupt nicht regeln will.
2. Das System des Internationalen Privatrechts kann nicht völlig von dem materiellen Ergebnis unabhängig gemacht werden, zu dem die Anwendung des durch den Rechtsanwendungsbefehl bezeichneten fremden Rechts führen würde.
3. Für bestimmte Sachverhalte, die zu mehreren Gemeinschaften in einer gleichwertigen Beziehung stehen, ist die Unterwerfung unter das Recht einer dieser Gemeinschaften nicht die sachgerechte Lösung. In diesem Falle müssen Sachnormen entwickelt werden, die einer Annahme auch durch andere Rechtsordnungen fähig sind.

3. Abschnitt: Völkerrecht und Internationales Privatrecht

Plan des dritten Abschnitts

Die bisherigen Darlegungen erbrachten das Ergebnis, daß ein einheitliches, sich allen aufzwingendes Prinzip des Internationalen Privatrechts nicht von unten her, d.h. aus der Betrachtung einer modellartig gedachten Rechtsordnung heraus, gefunden werden kann. Mehrere Prinzipien, sich widersprechend, führen zu verschiedenen Lösungen, ohne daß eine autoritative Entscheidung zwischen ihnen möglich wäre.
Eine solche autoritative Entscheidung, die allein zu einem wirklich internationalen, in seinen Lösungen einheitlichen, IPR führen würde, könnte nur im Völkerrecht, als der den Staaten und damit auch der staatlichen Rechtssetzung übergeordneten Rechtsordnung zu finden sein. Die folgenden Ausführungen sollen daher der Frage gewidmet sein, ob sich aus dem Völkerrecht Pflichten ergeben, durch die die Freiheit staatlicher Rechtssetzung auf dem Gebiet des Grenz- und Rechtsanwendungsrechts beschränkt wird.
Der dritte Abschnitt soll beginnen mit einer kurzen Darstellung der gegenwärtigen Lehrmeinungen (§ 18) und einem - notwendigerweise ebenfalls kurzen - Abriß dessen, was im Folgenden als Völkerrecht verstanden wird (§ 19). Die besondere Bedeutung, die der völkerrechtlichen Normenschöpfung zukommt, zwingt dazu, die theoretischen Möglichkeiten der Entstehung eines völkerrechtlichen IPR aus den Rechtsquellen des Gewohnheitsvölkerrechts (§ 20) und der Allgemeinen Rechtsgrundsätze (§ 21) zu prüfen.
Da Völkerrechtsnormen aus der Entfaltung der völkerrechtlichen Grundpositionen entstehen, sind diese, nämlich die Positionen der Souveränität, der Gebiets- und Personalhoheit, des Domaine réservé, daraufhin zu prüfen, ob sie die Normen-

bildung auf dem hier interessierenden Gebiet positiv oder negativ beeinflussen können (§ 22).
Das Verhältnis von Völkerrecht und staatlichem Recht zu der neuen Kategorie des transnationalen Rechts soll dann dargestellt werden, um zu ermitteln ob sich zwischen die überkommenen Kategorien eine dritte schiebt (§ 23). Auf Grund dieser Überlegungen läßt sich eine Aussage über das Verhältnis von Völkerrecht und IPR treffen, die an den vorhandenen Präzedenzfällen überprüft werden soll (§ 24). Eine besondere Gruppe von Präzedenzfällen, die zu völkerrechtlichen Gestaltungen auf dem Gebiete des IPR geführt hat, findet sich in den Entscheidungen internationaler Gerichte; ihr Stellenwert und Aussagegehalt für die hier interessierenden Fragen muß geprüft werden (§ 25).
Als nächstes sollen drei Materien dargestellt werden, die im wesentlichen nur grenzrechtlichen Gehalt haben, die Internationale Zuständigkeit (§ 26), das Internationale Strafrecht (§ 27) und das Internationale öffentliche Recht (§ 28), aus der Erwägung heraus, daß sich aus diesen Materien, an denen die Staaten mehr interessiert sind, als am Privatrecht, bestimmte Regeln von allgemeiner Bedeutung gewinnen lassen. Die Anwendbarkeit dieser Regeln auf das IPR soll dann den Inhalt des Schlusses bilden (§ 29).

§ 18

Der Stand der Lehre über das Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht

In der gegenwärtigen Lehre lassen sich vier Gruppen unterscheiden, die in folgenden Thesen zusammengefaßt werden können:

I. Völkerrecht und Internationales Privatrecht sind zwei völlig voneinander getrennte Materien;

II. Einzelne Institute des Völkerrechts wirken sich auf das Internationale Privatrecht aus;

III. Das Völkerrecht zieht der staatlichen Rechtssetzung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts gewisse Schranken;

IV. Das Völkerrecht bildet für das Internationale Privatrecht die Grundlage.

Ad I.:
Diese Theorie ist weitverbreitet. In England[1] und in den USA[2] wird die Frage in den Lehrbüchern fast nicht mehr behandelt; mit der Verweisung darauf, daß nach Quelle und Aufgabe verschiedenes Recht vorliege, wird eine Beziehung zwischen beiden Materien in der französischen[3], belgischen[4], schweizeri-

---

1) Vgl. dazu die Lehrbücher von D i c e y , C h e s h i r e , S c h m i t t h o f f , G r a v e s o n , von O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t (S.6 f.), S c h w a r z e n b e r g e r , Manual, S.1 f.

2) E h r e n z w e i g prüft, ob das IPR als Völkerrecht "super-law" sei und erörtert dabei überhaupt nur das völkerrechtliche Vertragsrecht (Treatise, S.22 ff.). S. weiter § 5 des American Restatement of the Law of Conflict of Law.

3) N i b o y e t , Traité I No.37, S.47 f., nimmt an, daß für die Materien: "nationalité et domicile" und "conflits de lois, d'autorités et de juridictions" keine völkerrechtliche Bindung gegeben sei. Lediglich für die Materie: "jouissance des droits" ergebe sich eine äußerste Grenze. Verneint wird jede Beziehung von S i b e r t , Traité No.3, S.1 f. und C a v a r é , Le droit internationale positif, S.167, Fn.1.

4) P o u l l e t , Manuel, S.13 ff.: Verschiedenheit nach Gegenstand und Sanktion; d e V o s , No.5, S.14 f.

schen[1], italienischen[2], niederländischen[3] und deutschen[4] Rechtslehre verneint.

Ad II.:

Als Institute des Völkerrechts, die sich auf das IPR auswirken, werden angesehen:

1. Die Immunität der Staaten[5].
2. Das völkerrechtliche Kriegsrecht, das Eingriffe in das Eigentum erlaube[6].
3. Das völkerrechtliche Fremdenrecht[7].

---

1) G u g g e n h e i m , Lehrbuch Bd.I, S.27; S c h n i t z e r , Lehrbuch Bd.I, S.35 f.

2) A g o , Lezioni, S.40 ff.: Keine Präzedenzfälle; Q u a d r i , Diritto internazionale pubblico, S.17.

3) v a n B r a k e l , Grondslagen, S.19 ff.; M u l d e r , S.2 f.

4) M e n z e l , S.3; B e r b e r , Bd.I, S.4; Frh. v. d. H e y d t e , Bd.I, S.17.

5) W o r t l e y , RdC Bd.85 (1954 I), S.245 ff.

6) W o r t l e y , aaO., S.260 ff.

7) F e r i d , Dölle-Festschrift Bd.II, S.127 ff.; K o s t e r s - D u b b i n k , S.90 f.; N e u h a u s , S.31 f.; N i b o y e t , Traité I, No.37, S.46; W o l f f , Das IPR Deutschlands; B a l l a d o r e - P a l l i e r i , Diritto internazionale pubblico, S.19 ff. Er stellt dazu aber fest:
"Lo Stato ... non può intervenire perchè la sua legge non sia stata applicata all'estero, ma perchè la legge, qualunque sia, applicata ad un suo cittadino all'estero porti ad inique conseguenze non conformi ai communi principî dei popoli civili."

Ad III.:

Folgende Verbote des Völkerrechts sollen das staatliche Ermessen auf dem Gebiet des IPR einschränken:

1. Kein Staat dürfe die Anwendung fremden Rechts grundsätzlich ablehnen[1].
2. Kein Staat dürfe den Umfang seiner Rechtsnormen so ausdehnen, daß sich ihr Feld auf die ganze Erde erstrecke[2]. Dieser Satz lasse sich noch dahin präzisieren, daß kein Staat Sachverhalte regeln dürfe, die zu seinem Staatsgebiet und zu seinem Staatsvolk in keiner irgendwie gearteten Beziehung stünden[3]; umgekehrt: ein Staat dürfe das Verhalten von Ausländern auf ausländischem Staatsgebiet nur dann, und nur soweit regeln, als diese in irgendeine Beziehung zum inländischen Staatsvolk und Staatsgebiet träten[4].

   Als zulässige Anknüpfungspunkte werden anerkannt:

   (1) Alle Sachverhalte, die sich auf dem eigenen Staatsgebiet abspielen[5];

   (2) jede Rechtsbeziehung zwischen einem Inländer und einem Ausländer, beruhe sie auf einem Rechtsgeschäft oder auf einem Delikt[6];

---

1) M a k a r o v , Symmikta Streit, Bd.I, S.535 ff. und WVR II, S.129 ff.; K e g e l , Lehrbuch, S.5 f.; R a a p e , S.15 f.; N e u h a u s , S.32; ausdrücklich dagegen: A g o , Lezioni, S.40 ff., auch die Schöpfung von Sachnormen genüge.

2) V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.318; D a h m I, S.255 f.; W e n g l e r , Völkerrecht (Bd.II), S.935 ff.

3) D i e s ., aaO., dieser Satz bedeutet umgekehrt: Steht ein Sachverhalt nur zu einem Staat in Beziehung, so darf er nur von diesem Staat geregelt werden (M a k a r o v , WVR II, S.130; N e u h a u s , S.32).

4) So bes. W e n g l e r , aaO., S.936.

5) W e n g l e r , aaO., S.937 f.; B a l l a d o r e - P a l l i e r i , Diritto internazionale pubblico, No.166, S.436.

6) W e n g l e r , aaO.; B a l l a d o r e - P a l l i e r i , aaO.

(3) jedes im Inland belegene Vermögen[1];
(4) jeder vorübergehende oder dauernde Aufenthalt eines Ausländers auf dem eigenen Staatsgebiet[2];
(5) das Verhalten der eigenen Staatsangehörigen überall auf der Erde[3];
(6) die Rechtsbeziehungen jeder juristischen Person, die auf dem eigenen Staatsgebiet oder nach dem Recht des eigenen Staates begründet wird[4].

Die oben angeführte Einschränkung, daß der Ausländer nur insoweit mit Rechtsbefehlen belegt werden dürfe, als er in irgendeiner Beziehung zum Inland, oder zu Inländern stehe, soll zu folgenden Modifikationen führen:

Ad (1): Zumindest fraglich sei es, ob ein Staat auch im Ausland von Ausländern begangene Handlungen regeln dürfe, die sich nur möglicherweise auf seinem Staatsgebiet auswirkten[5].

Ad (3): Nur das Verhalten des Ausländers bezüglich des im Inland belegenen Vermögens dürfe geregelt werden[6], also sei eine Regelung völkerrechtswidrig, die allein den inländischen Grundbesitz des Ausländers zum Anlaß nehme, auch seine familienrechtlichen Verhältnisse zu regeln[7].

Ad (4): Während der auf Dauer berechnete Aufenthalt dem

---

1) B a l l a d o r e - P a l l i e r i , aaO.; V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.320 unter besonderer Betonung des Steuerrechts.
2) B a l l a d o r e - P a l l i e r i , aaO.
3) W e n g l e r , aaO., S.936 f.
4) D e r s . , aaO., S.936 f.
5) D e r s . , aaO., S.938 f.
6) So für das Steuerrecht: V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.320.
7) W e n g l e r , aaO., S.937.

Staat eine der Personalhoheit ähnliche Befugnis verleihe[1], könne der bloße Aufenthalt zwar die Zuständigkeit der Gerichte, nicht aber die Befugnis zu jeder rechtlichen Regelung begründen[2].

3. Die völkerrechtliche Begrenzung des Wirkungsbereiches der Staaten soll sich aber auch mittelbar auf das IPR auswirken:

a) In der Interpretation der im IPR verwendeten Begriffe, wie "Inland", "Inländer", die so auszulegen seien, daß sie nicht dem Völkerrecht widersprächen[3].

b) Hinsichtlich der Bewertung des als völkerrechtswidrig erkannten Rechts: Während nämlich grundsätzlich im Rahmen des einmal aufgestellten Systems das Recht aller Staaten gleich behandelt werden müsse[4], dürfe, ja müsse Recht, das ein Staat unter Überschreitung der seiner Betätigung vom Völkerrecht gezogenen Grenzen nicht angewendet werden[5].

Ad IV.:

1. Die völkerrechtliche Grundlage folgender Fundamentalsätze des IPR wird behauptet[6]:
   (1) Der Satz: locus regit actum
   (2) Die Geltung der lex rei sitae im Immobiliarsachenrecht
   (3) Das Prinzip der Parteiautonomie bei Schuldverhältnissen
   (4) Die Anwendung der lex fori im Prozeßrecht.

---

1) W e n g l e r , aaO., S.939.

2) D e r s . , aaO., S.937.

3) A r m i n j o n , Précis, Bd.I, No.17, S.34; S t o l l , Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Bd.4, S.145 ff.

4) K o s t e r s - D u b b i n k , aaO.; F e r i d , aaO., S.128, Fn.16, hält sogar die ungleiche Abgrenzung des Art.25 S.2 EGBGB für völkerrechtlich bedenklich.

5) S t o l l , aaO., S.131 ff., W e n g l e r , Festschrift für Lewald, S.615 ff.; S a u v e p l a n n e , Internationaal Privaatrecht: Internationaal Recht?, S.12 ff.

6) B a t i f f o l , Traité No.28, S.28 ff.; N i e d e r e r , Einführung, S.105 ff.; H a m b r o , Festschrift François, S.123 ff. und RdC Bd.105, S.47 ff. Dagegen: G o l d s c h m i d t , Sistema y filosofia del derecho internacional privado, Bd.I, S.63 ff.; N e u h a u s , S. 32 f.

2. Einige Autoren versuchen, das Internationale Privatrecht wegen seiner übernationalen Aufgabe zum Völkerrecht zu erheben[1]
   a) als reines Postulat[2];
   b) durch Verwendung des Begriffs der funktionellen Verdoppelung[3];
   c) durch Verbindung aller Rechtsmaterien, die sich irgendwie mit Sachverhalten befassen, die fremde Elemente enthalten, zu einer gemeinsamen Materie des "transnationalen Rechts", für die eine einheitliche Methode gefordert wird[4];
   d) durch die Unterscheidung zwischen allgemein anerkannten und nicht anerkannten Anknüpfungen[5].

S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d geht dagegen von der These aus, daß das Völkerrecht die Erstreckung des aus dem staatlichen Recht abzuleitenden Imperativs auf das eigene Staatsgebiet und die eigenen Staatsangehörigen beschränke. Soweit ein Staat innerhalb seiner so beschränkten Zuständig-

---

1) So, ohne eingehendere Begründung, B ü h l e r , Festschrift f. Martin Wolff, S.177 ff.

2) N i e d e r e r , SchwJIR Bd.V, 1948, S.63 ff. und Einführung, S.134 ff.

3) W i e b r i n g h a u s , Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung. Aber auch seine Darlegungen enden letztlich bei Postulaten an den staatlichen Richter, nämlich:
   (1) die Entscheidung so zu fällen, daß sie weiteste Anerkennung in anderen Rechtsordnungen finden kann;
   (2) den internen Rechtsbegriff so zu qualifizieren, daß er seiner internationalen Funktion gerecht wird;
   (3) dem Vorbehalt des ordre public zu einem einheitlichen ordre public international auszubilden.
   (S.120 ff.).

4) J e s s u p , Transnational Law; S t e v e n s o n , Columbia Law Review 1952, S.561 ff.

5) A g u i l a r N a v a r r o , Revista española de Derecho internacional, 1958, S.12 ff., insbes. S.44 ff.

keit handle, müsse aber auch jeder andere Staat seine Regelung anerkennen, also dessen Recht anwenden[1].
Daraus ergebe sich eine ausschließliche, also nicht konkurrierende Kompetenz des Staates:
(1) Für das Personalstatut seiner Angehörigen, worunter die Vertretung ebenso fällt[2], wie die familienrechtlichen Beziehungen[3], der Arbeitsvertrag zwischen Deutschen im Ausland[4], aber auch etwa die Fähigkeit in ein Kloster einzutreten[5], selbst verwaltungsrechtliche Verbote, wie die des Außenwirtschaftsgesetzes würden das Personalstatut, nämlich die Geschäftsfähigkeit erfassen und dadurch extraterritorial wirken können[6].
(2) Das zweite Grundprinzip soll die vom Völkerrecht, nämlich als Souveränität d.h. ausschließliche Kompetenz, auferlegte Pflicht, für das Funktionieren gewisser Einrichtungen zu sorgen, sein. Das gilt für den im Inland belegenen Betrieb ebenso[7], wie für das im eigenen Staat registrierte Flugzeug[8].
Diese Regelungen seien daher allgemein zu beachten, diese Pflicht erstrecke sich bis auf die Qualifikation, weil es Sache des zuständigen Staates sein müsse, zu bestimmen, ob er die Regelung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich treffen wolle. In diesen Fällen müsse daher die Qualifikation nach der lex causae erfolgen[9].

---

1) Straftaten in Flugzeugen, S.47, Fn.61. Zum Völkerrechtsverständnis S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d s s. ArchVR Bd.13, S.140 ff. Zur Grundthese vgl. Viktor B r u n s , Das Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaörV Bd.1, S.1 ff.

2) Arbeitsrecht, S.53 f.

3) Festschrift für Lent, S.246, Fn.8.

4) Arbeitsrecht, S.54, Fn.2.

5) Festschrift für Liermann, S.229, Fn.37.

6) JZ 1961, S.692.

7) Arbeitsrecht, S.52 f. und Recht der Arbeit, 1958, S.201 ff.; ablehnend: G a m i l l s c h e g , AcP Bd.155, S.49 ff. und Internationales Arbeitsrecht, S.20.

8) Straftaten in Flugzeugen, S.51, Fn.99 und S.52, Fn.105.

9) Arbeitsrecht, S.54, Fn.3; Ufita Bd.37, S.289, Fn.23, Lent-Festschrift, S.246 f.

§ 19

Der Begriff des Völkerrechts und die Völkerrechtsquellen

Die Zusammenstellung der Lehrmeinungen über das Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht zeigt, daß aus den Normen der Rechtsordnung Völkerrecht ganz verschiedene Ergebnisse gewonnen werden. Eine weitere Auseinandersetzung zwingt daher zu einer genaueren Darstellung dessen, was im Folgenden unter dem Begriff: "Völkerrecht" verstanden werden soll. Im Rahmen der hier vorzunehmenden Untersuchungen ist es allerdings nicht möglich, die Grundlagenprobleme des Völkerrechts zu erörtern, obwohl dies nötig wäre, denn sowohl die ideologische als auch die methodische Einheit der Völkerrechtswissenschaft kann nicht mehr von vornherein angenommen werden[1], und dieses Fehlen legt den Schluß nahe, daß auch das Formalobjekt dieser Wissenschaft nicht mehr als Einheit angenommen werden kann. In den folgenden Ausführungen soll daher nur im Aufriß dargelegt werden, von welchen Grundlagen ausgegangen wird.

I. Das Völkerrecht als Rechtsordnung

1. Oben[2] wurde der Begriff der Rechtsordnung bestimmt als die Gesamtheit der von den Organen einer Gemeinschaft zur gerechten Lösung von Streitigkeiten verwendeten Topoi, die Gemeinschaft wird also als dem Recht vorgegeben angesehen. Geht man davon aus, so muß vorweg bestimmt werden, welche Gemeinschaft dem Völkerrecht zugrunde liegt. Dies kann, wie bei jeder Rechtsordnung, nur durch einen Rückgriff auf die Geschichte der Gemeinschaft geschehen.
Das moderne Völkerrecht tritt in das Licht der Geschichte als das Recht der Gemeinschaft europäischer Staaten, die sich entgegen der Ideologie des Heiligen Reiches gebildet haben und

1) S. dazu W e n g l e r , Völkerrecht Bd.I, Vorwort S.IX und S c h ü l e , WVR Bd.III, S.775.

2) S. 12 f

deren Oberhäupter sich als "imperator in terris suis" verstehen[1]. Sie schließen miteinander Verträge und treten auch darüber hinaus zueinander in vielfältige Rechtsbeziehungen, aber stets auf dem Boden der Gleichordnung.
Rechtssubjekte und zugleich Rechtssetzungssubjekte sind die europäischen Staaten, die sich aus dem Zerfall des Heiligen Reiches herausbilden[2]. Diese Gruppe von Staaten wird vom Völkerrecht zu einer Gemeinschaft organisiert, die sich durch eine besondere Armut an Organen im eigentlichen Sinn auszeichnet. Die Funktion der Organe müssen regelmäßig die Staaten selbst übernehmen, an der Wiege des Völkerrechts steht der "dédoublement fonctionnel", die Erscheinung, daß die gleiche Person, der Staatsfunktionär, sowohl als Organ des Staates wie auch als Organ der Völkerrechtsordnung handeln kann.

2. Nur die europäischen Staaten haben aber anfangs die Qualität von Organen, andere Staaten treten nur in einer Reflexstellung auf. Daher kann das Völkerrecht bis in das 19. Jahrhundert hinein als "Jus Publicum Europaeum" bezeichnet werden[3].
In seinem Endstadium, im 19. Jahrhundert, kannte das Jus Publicum Europaeum folgende Abstufung der Völkerrechtssubjekte:[4]

(1) Die europäischen und amerikanischen Staaten, deren Staatsgebiet unter dem vollen Schutz des Völkerrechts stand und die allein universales Völkerrecht setzen konnten;

(2) deren Kolonien, Gebiete, die keine Rechtsfähigkeit besaßen, sondern Annexe der vollberechtigten Glieder der Gemeinschaft waren, aber als solche auch den völkerrechtlichen Schutz ihres Gebietes genossen;

---

1) S. dazu P r e i s e r , WVR III, S.693 ff. und R e i b s t e i n , aaO., S.703 ff.

2) Näheres zu diesem Prozeß bei Frh. v. d. H e y d t e , Die Geburtsstunde des souveränen Staates, S.137 ff.

3) Zu diesem Begriff s. M e y e r - L i n d e n b e r g , WVR III, S.635 ff.

4) Zum Folgenden s. C a r l S c h m i t t , Der Nomos der Erde, S.156 ff.

(3) Protektorate, Gebiete, die sich durch eine sehr beschränkte eigene Rechtsfähigkeit von den Kolonien abhoben;
(4) die außereuropäischen und -amerikanischen Staaten, die zwar als souverän, nicht aber als gleichberechtigt angesehen werden, so daß mit ihnen nur ungleiche Verträge möglich sind und ihr Verhalten nicht zur Bildung von allgemeinem Völkerrecht führen kann;
(5) das von den vollberechtigten Mitgliedern der Völkerrechtsgemeinschaft frei okkupierbare Land;
(6) besondere Völkerrechtssubjekte, wie z.B. der Heilige Stuhl.

Dieser Kreis erweiterte sich durch die Aufnahme der Türkei im Friedensvertrag von Paris, der 1856 den Krimkrieg beendete, wobei die entsprechende Bestimmung so gefaßt ist, als würde ein neues Mitglied in einen Verein aufgenommen[1].

Von diesem Zeitpunkt an hat sich die Zahl der Völkerrechtssubjekte ständig vergrößert, bis sie heute nicht nur die gleichberechtigten mehr als einhundert Staaten der Erde, sondern auch eine Reihe von Organisationen umfaßt. Dieser Eintritt der nichteuropäischen Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft führte zu einer Veränderung der Rechtsquellenlehre, die gegenwärtig den Bestand des Völkerrechts als einer einheitlichen Rechtsordnung bedroht.

---

1) Der Vertrag ist abgedruckt bei S t r u p p , Urkunden zur Völkerrechtsgeschichte, Bd.I, S.187 ff.
Der hier einschlägige Art.VII lautet:
"Sa Majesté l'Empereur des Français, Sa Majesté l'Empereur d'Autriche, Sa Majesté la Reine du Royaume Uni de la Grande Bretagne et d'Irlande, Sa Majesté le Roi de Prusse, Sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies et Sa Majesté le Roi de Sardaigne déclarent la Sublime Porte admise à participer aux avantages du droit public et du concert Européen. Leurs Majestés s'engagent, chacune de son coté, à respecter l'indépendance et l'intégrité territoriale de l'Empire Ottoman; garantissent en commun la stricte observation de cet engagement, et considéreront en conséquence tout acte de nature à y porter comme une question d'intérêt général."

II. Die Rechtsquellen des Völkerrechts

1. Das moderne Völkerrecht löste sich in einem langwierigen geistigen Prozeß aus dem Naturrecht als eigenständige Materie ab[1]. Diese Erbschaft bereichert das Völkerrecht noch heute, die Erkenntnisse der großen Naturrechtsepoche bilden gleichsam das autoritäre Vorgut.

2. Neben dem Vertrag als der in allen Rechtsordnungen vorkommenden Rechtsquelle[2] steht das Gewohnheitsrecht, das auf Grund einer Rechtsüberzeugung geübte Verhalten. Da es entscheidend auf die Rechtsüberzeugung, die opinio juris ankommt, ist die Zugehörigkeit eines Rechtssatzes zu dem autoritären Vorgut ein gewichtiges Indiz für das Fortbestehen des Satzes als Gewohnheitsvölkerrecht.
Wird das Gewohnheitsrecht von den Naturrechtlern noch in ein System von Rechtsquellen eingebaut[3], so muß es im Rahmen der Emanzipation des Völkerrechts zum positiven Recht zur zentralen Rechtsquelle schlechthin werden. Dabei bleiben die Voraussetzungen der Bildung eines Gewohnheitsrechtssatzes ungeklärt.

---

1) Näheres dazu bei G u g g e n h e i m , RdC Bd.94, 1958 II, S.1 ff.

2) Näheres bei G u g g e n h e i m , aaO., S.54 ff., mit Beispielen aus der Staatenpraxis.

3) Die gesamte Entwicklung kann hier nicht dargestellt werden. Daher seien als Beispiel nur zwei Werke angeführt, die auf die Staatenpraxis den größten Einfluß ausübten.
1. G r o t i u s "De jure belli ac pacis" enthält folgende Rechtsquellenlehre:
Das Völkerrecht besteht aus zwei Normenkomplexen,
(1) dem Naturrecht, das wiederum zwei Wurzeln hat
(a) die der menschlichen Veranlagung entsprechende Notwendigkeit, Gemeinschaft zu bilden (Prolegomena No. 8 und 9);
(b) der dem Menschen erkennbar gewordene Wille Gottes (Prol. No.10);
(2) dem Recht, das sich unter allen oder mehreren Staaten durch Übereinkommen gebildet hat (Prol. No.17).

2. V a t t e l s "Le droit des gens ou principes de la loi naturelle", ein Werk, das in seiner praktischen Bedeutung dem Hauptwerk d e G r o o t s nicht nachsteht (s. dazu das Vorwort von G u g g e n h e i m zur deutschen Ausgabe in der Reihe der Klassiker des Völkerrechts) lehrt:

Die Theorien reichen vom bloßen Erfordernis der vetustas[1] bis zur Lehre vom pactum tacitum[2].
Für eine dritte Rechtsquelle, die Allgemeinen Rechtsgrundsätze, bestand solange kein Bedürfnis, als das Gewohnheitsrecht in ein allgemeines System der Rechtsquellen, vom Naturrecht gekrönt, eingebaut war. Mit der Emanzipation des Völkerrechts zeigte sich aber, daß das Gewohnheitsrecht nicht genügend Topoi zur Verfügung stellte, um das Rechtsempfinden, besonders der internationalen Richter zufriedenzustellen. Die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf Topoi, die sich bereits in einer anderen Rechtsordnung bewährt hatten, drängt sich auf. Darum zeigen sich in den Schiedssprüchen schon des 19. Jahrhunderts Rückgriffe auf juristische Denkfiguren, die in den nationalen Rechtsordnungen beheimatet sind[3]. Gleichzeitig taucht aber immer wieder die Vorstellung auf, die Allgemeinen Rechtsgrundsätze seien ein Korrektiv des Gewohnheitsrechts, ein Nachklang der alten Vorstellung, nach der Gewohnheitsrecht nur angewendet werden dürfe, wenn es nicht contra rationem sei[4].

Es gibt zwei Normenkomplexe
(1) Das auf die Nationen angewandte Naturrecht, das "notwendige Völkerrecht" (§§ 6 und 7);
(2) Das "positive Völkerrecht" das in drei Teile zerfällt
(a) das freiwillige Völkerrecht (§ 21) an sich naturrechtswidriges Recht, das aber geduldet werden muß, weil die Staaten nicht in die Freiheit anderer Staaten eingreifen dürfen;
(b) das Vertragsrecht (§ 24);
(c) das Gewohnheitsrecht, das sich auf das stillschweigende Übereinkommen der Staaten gründet, zwischen denen es besteht. Es ist ebensowenig universell, wie das Vertragsvölkerrecht (§ 25).

1) Nachweise bei G u g g e n h e i m , aaO., S.48 ff.

2) G u g g e n h e i m , aaO., S.46 ff. Diese Auffassung wird in der modernen Völkerrechtslehre vertreten von A n z i l o t t i , Corso di diritto internazionale, S.71 ff. und O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , S.18.

3) S. dazu L a u t e r p a c h t , Private Law Sources and Analogies in International Law, S.115 ff.

4) G u g g e n h e i m , aaO., S.145 ff.

3. Das Rechtsquellenproblem des Völkerrechts erhielt eine Lösung für die Praxis durch die Errichtung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs. Im Statut dieses Gerichts wurden die Rechtsquellen des Völkerrechts fixiert, nach denen es fortan entscheiden sollte. Diese Bestimmung wurde inhaltsgleich im Art.38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs übernommen. Er lautet:

"1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différents qui lui sont soumis applique

a) Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;

b) La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;

c) Les principes généraux de droit reconnues par les nations civilisées;

d) Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différents nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono."

Der zitierte Art.59 lautet:

"La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé."

Wenn auch die Reichweite dieser Bestimmung, ihr deklaratorischer oder konstitutiver Charakter, von Anfang an umstritten war[1] und noch heute umstritten ist[2], so läßt sich doch feststellen, daß die Praxis, soweit sie sich insbesondere in Schiedsverträgen niederschlägt, einhellig von ihr ausgeht[3].

---

1) S. dazu S o e r e n s e n , Les sources du droit international, S.28 ff.

2) So betont z.B. J a e n i c k e , WVR III, S.767, daß Art. 38 des Statuts des IGH nur für die Rechtsfindung des Gerichtshofs gelte.

3) Die Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

ergibt folgendes Bild:
1. Die Haager Schiedskonvention vom 18.10.1907 enthielt noch keinen Verweis auf die Rechtsquellen, nach denen die Schiedsgerichte zu entscheiden hätten.
2. Zwischen 1928 und 1948 treten drei Gruppen von Schiedsverträgen auf:
i) das Schiedsgericht soll die "Prinzipien" oder "Regeln" des Völkerrechts anwenden;
ii) unmittelbare Verweisung auf Art.38 des Statuts des StIGH oder inhaltsgleiche Wiedergabe dieser Bestimmung;
iii) Ermächtigung des Schiedsgerichts ex aequo et bono zu entscheiden.

Die systematische Zusammenstellung in dem von der OVN herausgegebenen "Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes 1928-1948" (S.116 ff.) zeigt, daß die Schiedsverträge des zweiten Typs die weitaus größte Zahl ausmachen. Da die beiden anderen Vertragstypen dazu nicht im Widerspruch stehen, denn der erste Typ ist nur eine weniger präzise Formulierung des gleichen Gegenstandes, der dritte Typ aber gerade die Ausnahme die die Regel bestätigt, kann man die Aussage wagen, daß die im Statut des StIGH definierten Rechtsquellen des Völkerrechts allgemein anerkannt wurden.
3. Nach dem Zweiten Weltkrieg bestimmte der "Acte général revisé pour le règlement pacifique des différends internationaux, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies" (UNTS Bd.71, No.912, S.103 ff.) in Art.18 II:

> "Dans le silence du compromis quant aux règles de fond à appliquer par les arbitres le Tribunal appliquera les règles de fond énumerées dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice."

Die europäische Schiedskonvention v. 29.4.1957, der auch die BRD beigetreten ist (BGBl. 1961 II, S.81 ff.) begründet in Art.1 die Verpflichtung der Vertragspartner, alle Streitigkeiten dem IGH vorzulegen,

> "notamment ceux ayant pour objet
> a) l'interprétation d'un traité;
> b) tout point de droit international;
> c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation internationale:
> d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour rupture d'une obligation internationale."

Damit unterwerfen sich die Vertragspartner dem Statut des IGH und erkennen die in Art.38 festgelegten Rechtsquellen an.
Art.26 der Konvention gilt nur für die nicht vom Völkerrecht erfaßten Fälle. Er lautet:

> "Dans le silence du compromis ou à défaut du compromis, le tribunal jugera ex aequo et bono compte tenu des principes généraux du droit international, sous réserve du respect des engagements conventionnels et des décisions définitives des tribunaux internationaux que lient les parties."

Die Staaten bringen damit zum Ausdruck, daß sie die Definition der Völkerrechtsquellen nach dem Statut des IGH für verbindlich ansehen.

III. Die neuen Staaten

Die Einheit des Völkerrechts wird in Frage gestellt durch das Entstehen neuer Völkerrechtssubjekte, die nicht von vornherein bereit sind, die überkommenen Normen auch als für sich verbindlich anzusehen.
Die Entwicklung bis zum Ersten Weltkrieg hatte solche Probleme noch nicht gezeigt. Die Südamerikanischen Staaten hatten sich in die Staatengemeinschaft eingefügt, ohne das Überkommene grundsätzlich in Frage zu stellen[1]. Das wurde in dem Augenblick anders, in dem die Sowjetunion die Weltbühne betrat.

1. Die sowjetische Völkerrechtslehre

Sie ist eng mit der marxistischen Ideologie verbunden und wurde daher auch von den Wandlungen des Historischen Materialismus in der Sowjetunion beeinflußt[2]. Im einzelnen lassen sich folgende Epochen unterscheiden[3]:

Art.12 der "Draft Convention on Arbitral Procedure" der International Law Commission (abgedruckt im AVR Bd.7, 1958/59, S.329 ff.) lautet:
(I)
"In the absence of any agreement between the parties concerning the law to be applied, the tribunal shall be guided by art.38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice."
(II)
"The tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of the silence or obscurity of international law or of the compromiss."

1) Die Frage, ob und wieweit es ein besonders amerikanisches Völkerrecht gibt, ist streitig, s. dazu M e y e r - L i n d e n b e r g , WVR III, S.631 ff.

2) Allgemein zur sowjetischen Rechtslehre s. L u c a s , Quellen und Formen des Sowjetrechts, S.14 ff.

3) Nach S c h u l t z , Jahrbuch für Internationales Recht Bd.V, 1955, S.78 ff.

a) Auf eine kurze Epoche der Unsicherheit folgt die Zeit der Leugnung des Rechts, die durch die Namen K o r o v i n und P a s c h u k a n i s geprägt ist, ausgehend von der Grundvorstellung, das Recht sei zusammen mit den Staaten zum Absterben verurteilt, ein Phänomen der Übergangszeit und allenfalls als Mittel der Außenpolitik und des internationalen Klassenkampfes brauchbar[1].

b) Mit der steigenden Bedeutung der Lehre vom Staat unter S t a l i n , der Ausbildung des sozialistischen Rechts unter W y s h i n s k y stellt sich auch eine neue Auffassung vom Völkerrecht ein, die dazu führt, daß die Existenz eines allgemeinen Völkerrechts nicht nur anerkannt wird, sondern daß die Sowjetunion geradezu als dessen Protagonist gegen die generell zu Völkerrechtsverletzungen neigenden kapitalistischen Mächte auftritt. Dabei tritt mehr und mehr der Gedanke hervor, es gebe neben dem allgemeinen Völkerrecht noch ein besonderes, sozialistisches Völkerrecht.

c) Im Jahre 1950 erschien S t a l i n s Buch über den Marxismus und die Fragen der Sprachwissenschaft[2], das, durch die Autorität des Verfassers bestärkt, einen wesentlichen Beitrag zur Theorie des Historischen Materialismus lieferte, indem es die überkommene Theorie des Verhältnisses von Überbau und Basis veränderte, dem Überbau eine eigene schöpferische Funktion zuschrieb und die Sprache als Phänomen des Überbaus von der bisherigen Vorstellung der Klassenbedingtheit befreite.
Was für die Sprache galt, konnte auch auf das Recht angewendet werden[3] und daher, gestützt durch den Koexistenzgedanken,

---

1) S c h u l t z , aaO., S.80 ff.

2) J. W. S t a l i n , Der Marxismus und die Fragen der Sprachwissenschaft, nach der dt. Übersetzung, Berlin (Ost) 1951.

3) Im einzelnen s. dazu W e s t e n , Die rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Ansichten Josef Stalins, S.83 ff., zur weiteren Entwicklung im neuen Parteiprogramm von 1961: S c h r o e d e r , Jahrbuch für Ostrecht, 1962, S.45 ff., zum Gegensatz Moskau - Peking in dieser Frage: d e r s . , aaO., 1965, S.221 ff.

nimmt auch die Bedeutung des Völkerrechts für die sowjetische Rechtslehre zu[1]. Nach sowjetischer Auffassung sind vier Gruppen von Völkerrechtsnormen zu unterscheiden[2]:

(1) Das sozialistische Völkerrecht, das zwischen den Staaten des sozialistischen Blocks gilt[3];

(2) das bürgerliche Völkerrecht, das die Verhältnisse der Staaten des bürgerlichen Lagers untereinander regelt;

(3) das Völkerrecht, das als "Kompromißrecht" die friedliche Koexistenz der Staaten der verschiedenen Blöcke nebeneinander regelt;

(4) die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die über den einzelnen Normengruppen stehen und für alle Staaten verbindlich sind.

d) Aus allen Stufen der sowjetischen Entwicklung geht aber immer von neuem ein Grundsatz hervor: Die Sowjetunion ist nicht gewillt, alle überkommenen Normen des Völkerrechts als auch für sie verbindlich anzuerkennen[4]. Theoretisch wird dies dadurch vertieft, daß T u n k i n die Lehre vom pactum tacitum aufgreift[5].

---

1) Eine eingehende Darstellung der Diskussion findet sich bei B r a c h t , Ideologische Grundlagen der sowjetischen Völkerrechtslehre; in diesem Werk wird besonders die Entwicklung seit 1950 behandelt.

2) Nach S c h u l t z , aaO., S.91; vgl. dazu auch die Haltung der sowjetischen Vertreter in der Völkerrechtskommission der OVN, dargestellt von R u n g e , Osteuroparecht, Bd.1/2, 1955-56, S.176 ff.

3) S. dazu G a s t e y g e r , Jahrbuch für Ostrecht, 1963, S.117 ff. und K o r d t , JZ 1960, S.533 ff.

4) Das Lehrbuch "Völkerrecht" der Akademie der Wissenschaften der UdSSR ist der Ansicht (S.5), die Bedeutung des Gewohnheitsvölkerrechts werde von der "bürgerlichen" Wissenschaft im Vergleich zum Vertragsrecht übertrieben.
"Dies entspricht der Politik der imperialistischen Staaten, die vereinbarten Verpflichtungen verletzen und ihre völkerrechtswidrige Praxis unter der Bezeichnung 'völkerrechtliche Gewohnheit' zum Gesetz erheben."

5) T u n k i n , RdC Bd.95, S.13: Das Verhalten eines Staates stelle ein Angebot dar, das dadurch angenommen werde, daß ein anderer Staat durch sein gleichartiges Verhalten die Annahme stillschweigend erkläre. Seine Darstellung nennt er: "... a scientific abstraction, reflecting in a general way the realities of life and making it possible to understand more fully the essence of creating a customary norm of international law" (S.14).

2. Die neuen Staaten Asiens und Afrikas scheinen noch nicht zu einer eigenen Völkerrechtslehre gefunden zu haben[1]. Aber es sind bereits Stimmen laut geworden, die davon ausgehen, daß die überlieferten Normen des Gewohnheitsvölkerrechts nicht ohne die Zustimmung der neuen Staaten diese binden könnten[2].

Daher kommt er auch zu dem Schluß: "the sphere of validity of a customary norm is confined to relations of those States which recognised this norm as a norm of law, i. e. which are parties to a tacit agreement." (aaO.)
Daher seien mit der Entstehung der UdSSR eine Reihe von Normen des allgemeinen Völkerrechts für sie nicht in Kraft getreten, weil sie von ihr nicht anerkannt worden seien. "It is, therefore, not inaccurate to assert that with the appearance of the Soviet State some norms of the then general international law rejected by the Soviet State, ceased to be norms of general international law, but it is of importance to add, that this limitations took place at the 'expense of reactionary norms of international law." (Festschrift für Verdroß, S.296.)

1) So stehen z.B. die indischen Lehrbücher von V.D. M a h a j a n und von M.P. T a n d o n hinsichtlich der Grundlagen auf dem Boden der überkommenen Lehre. Die von C h a c k o , RdC Bd.93, S.144 ff. aufgeführten Entscheidungen indischer Gerichte zu völkerrechtlichen Fragen entsprechen der englischen Völkerrechtsauffassung.

2) Der Inder Radhabinot P a l vertrat in der Völkerrechtskommission der OVN den Standpunkt, die überkommenen Regeln des Völkerrechts seien für die neuen Staaten nicht ohne weiteres verbindlich. "Now that international law must be regarded as embracing other people, it clearly required their consent no less." (Verhandlungen v. 11.6.57, ILC Yearbook 1957, Bd.I, S.157 f.).
O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t nehmen dagegen eine Bindung neuer Staaten an das überkommene Völkerrecht durch Zustimmung auf Grund der Anerkennung an (S.18): "New States which came into existence and were through express or tacit recognition admitted into the Family of Nations thereby consented to the body of rules for international conduct in force at the time of their admittance."
Vgl. zu diesem Problem auch B e r b e r , Bd.I, S.54 f.

IV. In den weiteren Erörterungen soll von folgender Grundanschauung des Völkerrechts ausgegangen werden[1]:
Das Völkerrecht ist eine historisch gewachsene, aber in weitem Maße noch primitive Rechtsordnung, die in vielen Bereichen noch der Klärung bedarf. An diesen Stellen setzt die Evidenzwirkung des Konflikts ein: Der Konflikt zwingt zur Entscheidung und die Entscheidung schafft oder präzisiert die Regel.
Ausgehend von der Erwägung, daß einer Rechtsnorm besondere Überzeugungskraft innewohnt, wenn sie einmal zur Lösung eines konkreten Konflikts angewendet worden ist, wenn sie von unabhängigen, am konkreten Fall nicht eigensüchtig interessierten Richtern ausgesprochen wurde, soll der Rechtsprechung internationaler Gerichte und der aus ihr abzuleitenden Regeln besondere Bedeutung beigemessen werden. Von ähnlicher Autorität sind die Entschließungen des "Institut de Droit international".
Als Kompaß und Leitstern der weiteren Überlegungen soll daher die Fragestellung Sir Eric B e c k e t t ' s dienen: Wie würde der IGH heute entscheiden, wenn ihm der konkrete Fall unterbreitet werden würde[2]?

---

1) Zum Bild des gegenwärtigen Völkerrechts, von dem in den weiteren Darlegungen ausgegangen wird, s. K u n z , WVR III, S.611 ff.

2) B.Y.I.L. Bd.VII (1926), S.77.

§ 20

Das Gewohnheitsvölkerrecht

I. Das tatsächliche Verhalten (usus) als objektive Komponente des Gewohnheitsrechts

1. Vorweg muß dazu die Frage beantwortet werden: Wessen Verhalten kann zur Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht führen?

Die Antwort muß von vornherein lauten: Das Verhalten aller Völkerrechtssubjekte. Darin liegt die Gefahr eines Zirkelschlusses, denn das Völkerrechtssubjekt kann nur durch Normen des Völkerrechts bestimmt werden. Diese Gefahr kann hier dadurch umgangen werden, daß im Rahmen der vorzunehmenden Untersuchung der Begriff des Völkerrechtssubjekts nicht mit aller Genauigkeit bestimmt zu werden b-raucht. Hier interessieren in erster Linie die Staaten in ihrer Eigenschaft als Rechtssetzungssubjekte des Völkerrechts und damit kann die Frage vorerst darauf beschränkt werden, wie sich zwischen den Staaten Gewohnheitsvölkerrecht bildet[1].

---

1) Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht kann sich zwischen allen Subjekten des Völkerrechts bilden, es gibt keinen Rechtssatz, der dies ausschließen würde. Ein eindrucksvolles Beispiel dafür, wie zwischen der OVN und den Staaten Gewohnheitsvölkerrecht entstehen kann, zeigt das Gutachten des IGH über den Ersatz von Schäden, die Beamte der OVN in Ausübung ihres Dienstes erlitten haben. (A.O. vom 11.4.1949, Reports 1949, S.174 ff.)
In diesem Gutachten wandte der IGH die Grundsätze des Gewohnheitsvölkerrechts über die diplomatische Protektion auch zugunsten der OVN an. Die Rechtsquellen, auf die sich die Mehrheit des Gerichts stützte, gehen aus dem Urteil nicht klar hervor. Die Satzung der OVN scheidet aus, denn dieses Recht soll die OVN auch gegenüber Nichtmitgliedern haben. Aber auch auf Gewohnheitsvölkerrecht konnte ein Protektionsrecht der OVN nicht gestützt werden, da keine Präzedenzfälle dieser Art vorlagen. In Wirklichkeit wagte der IGH einen äußerst problematischen Analogieschluß vom Recht der zwischenstaatlichen Beziehungen auf das Recht der Beziehungen von internationalen Organisationen zu den Staaten, der sich überdies zu Lasten der staatlichen Souveränität auswirkt. Aus diesem Grunde stimmte nicht nur der sowjetische Richter K r y l o v , sondern auch der amerikanische Richter H a c k w o r t h gegen die Entscheidung.
Nachdem aber Israel und der Kongo das Protektionsrecht der OVN anerkannt haben, liegt jetzt auf Grund der Präzedenfälle ein Rechtssatz des Gewohnheitsvölkerrechts vor.

2. Handeln können nur Menschen, also kann sich auch Gewohnheitsvölkerrecht nur auf Grund der Handlungen von Menschen bilden. Wichtig ist daher die Bestimmung, auf welche Menschen es in diesem Zusammenhang ankommt. Es kann sich nur um die Menschen handeln, deren Tun und Lassen in gewissem Umfang nicht ihnen selbst, sondern der juristischen Person Staat zugerechnet werden, also um Staatsorgane.

a) Wenn das Gewohnheitsvölkerrecht auf einem stillschweigenden Vertrag beruht, dann kann es einen Staat nur unter den gleichen Voraussetzungen binden, wie ein völkerrechtlicher Vertrag. Die Verbindlichkeit eines völkerrechtlichen Vertrags tritt aber grundsätzlich nur dann ein, wenn er von den Organen geschlossen wurde, die für die auswärtige Vertretung des Staates zuständig sind[1]. Wenn die gleichen Grundsätze für das Gewohnheitsrecht gelten, dann kann ein Rechtssatz des Gewohnheitsrechts mit bindender Wirkung für einen Staat nur aus dem Verhalten der Organe entstehen, die er mit seiner auswärtigen Vertretung betraut hat[2].

---

1) Streitig ist, wieweit ein Staat dann verpflichtet werden kann, wenn seine Organe unter Überschreitung ihrer Zuständigkeit handeln. S. dazu D a h m Bd.III, S.21 ff.

2) So B e r b e r , Bd.I, S.46 ff. Der Staatsgerichtshof des Deutschen Reiches mußte sich in dem Rechtsstreit zwischen Lübeck und Mecklenburg-Schwerin über die Fischereirechte in der Lübecker Bucht (Urteil v. 7.7.1928, L a m m e r s - S i m o n Bd.I, S.220 ff. = RGZ Bd.122, Anhang, S.1 ff.) mit der Frage auseinandersetzen, wie Gewohnheitsvölkerrecht entsteht. Er kam zu folgendem Ergebnis (L a m m e r s - S i m o n , aaO., S.234): "Die Übung muß ferner, wenn sie zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen soll, von den berufenen Organen des Staates bestätigt werden und kann Recht nur zwischen solchen Staaten erzeugen, in deren Zwischenverkehr sie gepflogen worden ist. ... Äußerungen anderer Staatsmitglieder (sic!) mögen für die Erkenntnis einer Rechtsüberzeugung von Bedeutung sein, vermögen aber für sich allein Völkergewohnheitsrecht nicht zu begründen." Der Satz ist nicht ganz eindeutig, sein Sinn hängt davon ab, was das Gericht unter den "berufenen Organen des Staates" verstehen wollte. Als Stütze seiner Ansicht zitiert es H e i l b o r n und H a t s c h e k . H e i l b o r n legt aber aaO. (Grundbegriffe des Völkerrechts, 1, S.38 f) im Handbuch des Völkerrechts lediglich dar, daß Gewohnheitsvölkerrecht nur aus dem Verhalten von Staatsorganen ent-

b) Die Auffassung, daß sich völkerrechtliches Gewohnheitsrecht nur aus dem Verhalten der Organe der auswärtigen Gewalt eines Staates bilden kann, ist dann widerlegt, wenn sich Rechtssätze nachweisen lassen, die eindeutig auf das Verhalten anderer Staatsorgane zurückgeführt werden können. Dabei ist zu beachten, daß im gegebenen Rahmen nur zu prüfen ist, auf wessen Verhalten es ankommt, nicht aber, auf wessen opinio juris abzustellen ist.
Ein Rechtssatz des Gewohnheitsrechts kann sich allgemien auf zwei Weisen bilden:

i) Primär, indem die Rechtsgenossen ein bestimmtes Verhalten üben. Nun kennt das Völkerrecht solche Rechtssätze, die durch das Unterlassen anderer Organe als

---

stehen könne, eine nähere Differenzierung des Begriffes nimmt er nicht vor. H a t s c h e k (Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamer Staatsakte, S.9) betont ebenfalls, daß nur Staatsorgane eine völkerrechtlich maßgebliche Überzeugung haben können. Er führt dann weiter aus, es komme "in erster Linie" auf diejenigen Organe an, die völkerrechtlichen Vertretung des Staates berufen seien, aber auch aus den Äußerungen anderer Organe, z.B. der Parlamente könne sich die Rechtsüberzeugung des Staates ergeben. Nur bei widersprechenden Überzeugungen gehe die der Organe des völkerrechtlichen Verkehrs vor. Zu dem Rechtsstreit selbst s. W é n z e l , Die Hoheitsrechte in der Lübecker Bucht. Ein Beitrag zum Meeresvölkerrecht.
Im Lotus-Fall äußerte sich der StIGH in einer Weise, die die Vermutung nahelegt, er schließe sich hinsichtlich der Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht der Lehre vom pactum tacitum an. Die hier interessierende Stelle lautet (C.P.J.I. Sér. A no. 10, p. 18):

> "Le droit international régit les rapports entre les États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptées généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de poursuite de buts communs."

Der Hinweis auf die allgemeine Übung zeigt aber, daß das Urteil insoweit nur aussagen will, daß zur Entstehung eines Satzes des Gewohnheitsvölkerrechts auch ein subjektives Element, die opinio juris nötig ist. Das Gericht hat im konkreten Fall nicht untersucht, ob zwischen den Parteien ein pactum tacitum vorlag. (Vgl. dazu L a u t e r p a c h t , The Development of International Law by the International Court, S.360.) Bereits der nächste Satz des Urteils, der die Folgerung zieht zeigt, worauf das Gericht hinaus will: "Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas."

der der auswärtigen Gewalt entstanden sind, z.B. die Sätze über die Exterritorialität der diplomatischen Vertretungen und über die Immunität der Staaten vor den Gerichten anderer Staaten. Diese Rechtsnormen des positiven Völkerrechts entstanden dadurch, daß die Gerichte und Exekutivbehörden der Staaten ein gewisses, an sich mögliches Verhalten im Bewußtsein einer Rechtspflicht unterließen[1]. Die daraus entstandenen Unterlassungspflichten richten sich tatbestandsmäßig an die Organe der Justiz und Exekutive und nicht an die Organe der auswärtigen Gewalt[2].

---

1) Mit diesen Rechtssätzen des Völkerrechts mußte sich das BVerfG auseinandersetzen.
In seinem Beschluß vom 30.10.1962 stellte der Zweite Senat fest, die Immunität des Gesandschaftsgebäudes schließe die Grundbuchberichtigungsklage gegen den als Eigentümer des Gebäudes eingetragenen fremden Staat nicht aus. (BVerfGE Bd.15, S.25 ff.) Der Senat stellt ausdrücklich fest, er müsse die in Frage stehende Regel des Völkerrechts aus der Staatenpraxis und "- da es sich um die Ausübung von Gerichtsbarkeit handelt - vornehmlich aus der Praxis ihrer Gerichte" ermitteln (aaO., S.35). Ergänzend prüft er dann die Kodifikationsversuche und die Völkerrechtslehre.
Der Beschluß des Zweiten Senats vom 30.4.1963 über die Frage, ob die inländische Gerichtsbarkeit gegen einen ausländischen Staat auch dann ausgeschlossen ist, wenn dieser nicht hoheitlich tätig geworden ist, geht nach der gleichen Methode vor (BVerfGE Bd.16, S.27 ff.). Der Senat wiederholt den in der obigen Entscheidung zitierten Grundsatz, daß er den zu prüfenden Rechtssatz besonders in der Praxis der staatlichen Gerichte finden müsse (aaO., S.35).

2) Daran ändert nichts, daß die Organe der auswärtigen Gewalt dann tätig werden müßten, wenn ein ausländischer Staat gegen die Verletzung seiner angeblichen Immunität protestiert. Nach der Verfassung der BRD hätte das Auswärtige Amt keine Möglichkeit, auf das Bundesverfassungsgericht einzuwirken und dessen Rechtsauffassung bindend zu beeinflussen.

In gleicher Weise könnte sich durch legislatorisches Unterlassen Völkerrecht bilden[1].

ii) Sekundär, indem auf ein bestimmtes Verhalten hin Schadensersatz oder in anderer Weise Genugtuung geleistet und dadurch das Verhalten als Delikt anerkannt wird. Hier liegt eine Konfliktsituation vor, bei der die Organe der auswärtigen Gewalt der beteiligten Staaten zueinander in Beziehung treten. Aus einem solchen Präzedenzfall kann sich aber für die anderen Staaten wiederum primär eine Unterlassungspflicht bilden, wenn deren Organe von vornherein die Deliktssituation vermeiden. Nun ist im völkerrechtlichen Deliktsrecht anerkannt, daß sowohl legislatorisches[2] wie exekutives[3] wie auch gerichtliches Handeln[4] einen Staat zum Schadensersatz verpflichten kann. Auf Grund gewisser Präzedenzfälle haben sich im Wege primärer Rechtsentwicklung Sätze des allgemeinen Gewohnheitsvölkerrechts herausgebildet, die sich von den oben unter (i) besprochenen Beispielen nicht unterscheiden.

---

1) So hat der StIGH im Lotus-Fall die Frage, ob das Völkerrecht einen Satz enthalte, der es den Staaten verbiete, Vorkommnisse außerhalb ihres Staatsgebiets strafrechtlich zu erfassen, nicht deswegen verneint, weil sich aus dem legislatorischen Unterlassen kein Völkerrecht bilden könnte, sondern weil er die opinio juris nicht für erwiesen hielt. (C.P.J.I. Sér. A No. 10, S.28.)

2) Im wesentlichen sind es zwei Fallgruppen, die die Staatenpraxis beschäftigt haben: Enteignungsgesetze und der Nichterlaß von Rechtssätzen, die nötig sind, um Verpflichtungen aus einem völkerrechtlichen Vertrag zu erfüllen, s. dazu den Bericht von G a r c i a A m a d o r vor der Völkerrechtskommission der OVN (ILC Yearbook 1957, Bd. II, S.108).

3) Akte der Exekutive stellen die überwiegende Zahl aller völkerrechtlichen Delikte dar, s. Ingo v. M ü n c h , Das völkerrechtliche Delikt, S.195 ff.).

4) Z.B. die Verschleppung des Verfahrens (v. M ü n c h , S.217 f.) und der Erlaß einer offensichtlich ungerechten Entscheidung (v. M ü n c h , S.219 ff.).

Daraus folgt also, daß sich Gewohnheitsvölkerrecht aus dem Verhalten aller Staatsorgane bilden kann.

3. Welche Situationen können zur Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht führen?

Eine dem Völkerrecht immanente materielle Beschränkung läßt sich nicht erkennen, grundsätzlich kann jeder Sachverhalt den Gegenstand völkerrechtlicher Normsetzung bilden[1]. Da sich aber Gewohnheitsvölkerrecht irgendwie vom innerstaatlichen Gewohnheitsrecht unterscheiden muß, ist vorweg der Fall auszuschließen, daß eine Beziehung völlig im Rahmen einer Rechtsordnung bleibt und auch von keiner anderen erfaßt wird. Liegt aber in der Situation ein transnationales Element, sei es, daß nicht nur die eigenen Staatsangehörigen beteiligt sind, daß der Sachverhalt sich in Teilen außerhalb des eigenen Staatsgebiets abspielt, sei es auch nur, daß bereits eine fremde Rechtsordnung den Fall regelt, so ist die Möglichkeit gegeben, daß sich aus dem Verhalten der Staatsorgane Gewohnheitsvölkerrecht bildet.

a) So haben sich gewohnheitsrechtliche Normen des Völkerrechts darüber gebildet, wie ein Staat auf seinem Gebiet weilende fremde Staatsangehörige nicht behandeln darf, das völkerrechtliche Fremdenrecht. Diese Rechtsbildung zeigt eine wichtige Voraussetzung dafür, wie sich ein Satz des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts entwickeln kann: Nicht auf die Person des Fremden kommt es an, sondern auf dessen Heimatstaat. Gewohnheitsrecht zwischen dem Fremden und dem Gastland wäre als nationales Fremdenrecht des Gastlandes anzusehen, das durch entgegenstehendes Verhalten des Gastlandes oder durch einen Akt der Gesetzgebung geändert werden könnte. Entscheidend für die Bildung von Völkerrecht ist das Verhalten nicht gegenüber den Fremden, sondern gegenüber dessen Heimatstaat, denn nicht der Fremde, sondern sein

---

1) D a h m , Bd.I, S.2 f.

Heimatstaat ist Rechtssetzungssubjekt des Völkerrechts[1]. Dadurch daß aber das Völkerrecht dem Heimatstaat ein Recht verleiht, seine Angehörigen gegenüber dem Gastland in Schutz zu nehmen, schafft es die Grundsituation, aus der sich Gewohnheitsvölkerrecht bilden kann, dessen Destinatär der Fremde ist[2].

Wie nötig diese besondere Voraussetzung der Interventionsberechtigung eines anderen Staates ist, zeigt sich am Beispiel der Staatenlosen. Nach Gewohnheitsvölkerrecht ist kein Staat

---

1) Der einzelne ist auch im heutigen Völkerrecht nur in sehr beschränktem Umfang Träger von Rechten und Pflichten, s. dazu D a h m Bd.I, S.413 ff. Diese Rechtsposition gewinnt er fast ausschließlich aus dem Vertragsvölkerrecht. Nun ist zwar nicht ausgeschlossen, daß im Rahmen einer vertraglichen Regelung zwischen den aus dem Vertrag berechtigten einzelnen und dem verpflichteten Staat Gewohnheitsvölkerrecht entstehen kann. Außerhalb dieser Sphäre kann sich zwischen einer Einzelperson und einem Staat aber nur nationales Recht dieses Staates bilden.

2) Im Falle Mavrommatis klagte Griechenland gegen das Vereinigte Königreich wegen Verletzung der Konzessionen des griechischen Staatsangehörigen M. im Mandatsgebiet Palästina. Als Griechenland Klage vor dem StIGH erhob, mußte sich dieser mit dem englischen Einwand auseinandersetzen, es liege überhaupt keine nach Völkerrecht judiziable Streitigkeit vor.
Mit Urteil vom 30.8.1924 bejahte er seine Zuständigkeit (C.P.J.I., Arrêt No.2, Sér. A no. 2). Er stellte dabei grundsätzlich fest (aaO., S.12):
"C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action juridiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international."

verpflichtet, die diplomatische Protektion etwa eines Wohnsitzstaates für den Staatenlosen anzuerkennen, denn die Staatsangehörigkeit der Person, in deren Angelegenheit interveniert wird, ist gleichsam schon eine Voraussetzung des Verfahrens[1]. Im Falle des Staatenlosen gibt es aber einen in dieser Weise aktiv legitimierten Staat nicht. Damit ist der Staatenlose nach Gewohnheitsvölkerrecht rechtlos, weil seine Rechtsstellung von dieser Normengruppe überhaupt nicht erfaßt werden kann. Seine Rechtsstellung kann damit nur durch eine Konvention geändert werden, die zugleich Mittel zur Durchsetzung seiner Rechtsposition vorsieht[2].

So trägt eine Situation, die zur Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht über die Pflichten der Staaten zur Behandlung von Einzelpersonen führen kann, zwei prägende Kennzeichen:

(1) Es muß eine transnationale Situation vorliegen;

(2) das Recht eines Staates, in der betreffenden Angelegenheit vorstellig zu werden, muß allgemein oder zumindest im konkreten Fall mit der Tendenz zur Verallgemeinerung anerkannt sein.

---

1) Im Rechtsstreit zwischen Estland und Litauen über die Panevezys-Saldutiskis Eisenbahn (Urteil vom 23.2.1939, Sér. A/B No. 76) stellte der StIGH fest, Estland habe kein Recht, zugunsten von Angehörigen eines anderen Staates zu intervenieren (aaO., S.16):
"Ce droit (scil.: diplomatische Protektion zu üben) ne peut nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'État et l'individu qui seul donne à l'État le droit de protection diplomatique. Or, c'est comme partie de la fonction de protection diplomatique que doit être considéré l'exercice du droit de prendre en mains une réclamation et d'assurer le respect du droit international. Lorsqu'un dommage a été causé au national d'un pays tiers, une réclamation à raison de ce dommage ne tombe pas dans le domaine de la protection diplomatique que puisse accorder l'État et ne saurait donner ouverture à une réclamation que l'État soit en droit d'endosser."

2) Näheres zur Rechtsstellung der Staatenlosen s. unten, S.445.

Hier ist also im Verhältnis zur Tradition des auf dem Naturrecht aufbauenden Völkerrechts eine Umkehrung eingetreten. War früher die Pflicht des Staates gegenüber dem einzelnen das Primäre, die Rechtsposition aber etwas Sekundäres, nach dem in der Lehre kaum gefragt wurde, so ist jetzt die formale Position des Schutzrechts der Ansatzpunkt für die Bildung weiterer Rechtssätze des Gewohnheitsvölkerrechts auf dem Gebiet des Schutzes der Einzelperson. Wo ein Schutzrecht fehlt, kann neues Völkerrecht nur im Wege des Vertrags entstehen, wie die Europäische Menschenrechtskonvention zeigt.

b) Daraus ist auch der Ansatzpunkt für die Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts, d.h. genauer der Abgrenzung des eigenen und der Anwendung des fremden Rechts, zu erkennen. Ist es doch nicht nur der Streit um die Auslegung einer im Grunde von beiden Seiten anerkannten Völkerrechtsregel, der die diplomatische Protektion eines Staates auslösen kann; vielmehr kann auch eine Situation, die nach dem Privatrecht eines der beteiligten Staaten zu bewältigen wäre, zur Intervention führen, auch wenn es sich nicht um eine Angelegenheit des Fremdenrechts handelt, weil die angeblich in ihren Rechten gekränkten Personen in ihrem Heimatstaat leben. Die vor dem StIGH ausgetragene Kontroverse um die serbischen und brasilianischen Anleihen gibt dafür die Illustration[1].

---

1) C.P.J.I., Arrêts Nos. 14 et 15, du 12 juillet 1928, Sér. A 20/21.
Frankreich klagte gegen das Königreich der Serben, Kroaten und Slovenen und gegen die Vereinigten Staaten von Brasilien. In beiden Fällen war ein ähnlicher Tatbestand gegeben. Die beklagten Staaten hatten vor dem ersten Weltkrieg Anleihen auf dem privaten Kapitalmarkt aufgenommen. Der Streit ging nur darum, ob die französischen Zeichner dieser Anleihen die Rückzahlung in Gold verlangen konnten. Im Urteil über die serbischen Anleihen setzte sich der StIGH eingehend mit der Frage auseinander, ob der vorliegende Streit der im wesentlichen dem Privatrecht anzugehören schien, für ihn überhaupt judiziabel war. Er bejahte dies, nach folgender Überlegung (aaO., S.17 f.): Ein Staat, der für seinen Angehörigen

II. Die subjektive Voraussetzung: Die "opinio juris sive necessitatis"

1. Die Rechtsüberzeugung ist der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts, sie gibt das einzige Kriterium, Verhalten auf Grund internationaler Courtoisie von rechtserheblichem Verhalten zu unterscheiden[1].

---

diplomatisch interveniere, mache damit ein eigenes Recht geltend, sein Recht darauf, daß seine Angehörigen gemäß dem Völkerrecht behandelt werden. Hier liege aber im Unterschied von den früheren Fällen nur eine privatrechtliche Vereinbarung vor. Zwischen den Staaten hätten jedoch diplomatische Verhandlungen stattgefunden, die serbische Regierung habe die französische Intervention nicht zurückgewiesen, sondern lediglich geltend gemacht, sie habe nicht gegen ihre Pflichten aus der Anleihe verstoßen. "A partir de ce moment il y eut donc entre les deux Gouvernements une divergence de vues qui, tout en étant au fond identique au différend qui existait déjà entre le Gouvernement serbe-croate-slovène et ses créanciers, s'en distingue; car elle sépare les Gouvernements du Royaume des Serbes, Croates, Slovènes et de la République française, ce dernier agissant dans l'exercice du droit qu'il a de protéger ses nationaux."
(Hervorhebung nicht im Original)
Die hervorgehobene Stelle ist insofern von Bedeutung, als sie ein Mißverständnis beseitigt. Aus den vorhergehenden Darlegungen hätte man nämlich entnehmen können, das Gericht nehme an, Serbien hätte die französische Intervention auch als unzulässig zurückweisen können, da von Frankreich keine Völkerrechtsverletzung behauptet würde. Die Betonung, daß ein Interventionsrecht Frankreichs grundsätzlich bestehe, räumt dieses Mißverständnis aus.

1) A.A. G u g g e n h e i m , Lehrbuch des Völkerrechts, Bd.I, S.46. Er will bereits das übereinstimmende Verhalten der Staaten genügen lassen.

StIGH und IGH haben daher zu Recht auf dieses Merkmal großen Wert gelegt[1]. Während sich aber das tatsächliche Verhalten erkennen und ermitteln läßt, stößt der Nachweis der inneren Haltung auf große Schwierigkeiten.

a) Die erste zu prüfende Frage lautet: Auf die Rechtsüberzeugung welcher Menschen kommt es an? Ebenso wie es kein Handeln eines Staates gibt, sondern nur das Handeln von Menschen, das auf Grund einer Rechtsnorm dem Staat zugerechnet wird, gibt es auch keine Rechtsüberzeugung eines Staates, sondern nur die Rechtsüberzeugung von Menschen. Entscheidend ist auch hier nur, auf welchen Personenkreis abzustellen ist.

---

1) (1) Im Lotus-Fall mußte sich der StIGH mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Völkerrechtssatz entstanden sein könnte, der es den Staaten verbiete, Geschehnisse außerhalb ihres Staatsgebiets strafrechtlich zu erfassen. Im Streite stand also ein verbietender Rechtssatz, der nur durch Unterlassen entstanden sein konnte. Das Gericht stellte dazu fest (C.P.J.I. Sér. A No. 10, S.28):

"Même si la rareté des décisions jurdiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué par l'agent du Gouvernement français, il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale."

Das Gericht bemerkt dann weiter, daß selbst die Staatenpraxis nicht einheitlich sei.

(2) Der IGH sah sich im Asyl-Streit zwischen Columbien und Peru vor die Notwendigkeit gestellt, sich mit dem Entstehen von Gewohnheitsvölkerrecht zu befassen. Columbien berief sich auf einen Satz des amerikanischen Gewohnheitsvölkerrechts, der er erlaubt hätte, im konkreten Fall einem von Peru gesuchten peruanischen Staatsangehörigen in der columbianischen Botschaft politisches Asyl zu gewähren. Das Gericht prüfte (C.I.J., Recueil 1950, S.276 f.), ob sich der behauptete Rechtssatz aus dem Netzwerk der zwischen den südamerikanischen Staaten geschlossenen einschlägigen Verträge entnehmen lasse. Dies wird mit der Begründung verneint, die fraglichen Verträge seien entweder überhaupt nur von einer geringen Zahl von Staaten oder wenigstens nicht von Peru ratifiziert worden. Daher könnten diese Konventionen nicht als Kodifikation von bereits bestehendem Gewohnheitsrecht angesehen werden.

Dann stellte es weiter fest:

"Enfin, le Gouvernement de la Colombie a cité un grand nombre de cas particuliers dans lesquels l'asile diplomatique a, en fait, été accordé et respecté. Mais il n'a pas établi que la règle prétendue de la qualification unilatérale et définitive (scil. einer Straftat als asylwürdig) ait été invoquée ou que - si dans certains cas, elle a, en fait, été invoquée - elle ait été appliquée, en dehors des stipulations conventionelles, par les États qui accordaient l'asile, en tant que droit appartenant à ceux-ci, et respectée par les États territoriaux en tant que devoir leur incombant, et pas seulement pour des raisons d'opportunité politique. Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et das les vues officiellement exprimées à diverses occasions; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique das les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit."

Hier handelte es sich im Gegensatz zum Lotus-Fall nicht um eine verbietende, sondern um eine erlaubende Regel des Völkerrechts.

(3) Im Streit zwischen den USA und Frankreich über die Rechte der US-Staatsangehörigen in Marokko tauchte die Frage nach dem Bestehen von Regeln des Gewohnheitsvölkerrechts in einer ähnlichen Konstellation auf. Die USA beriefen sich zur Begründung ihrer Rechte auf Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit über ihre Staatsangehörigen auf ein zwischen ihnen und Marokko entstandenes Gewohnheitsrecht. Das Gericht stellte fest (I.C.J., Reports 1952, S.299 ff.): in der ersten Periode hätten die USA ihr Recht auf Grund eines Vertrages ausgeübt, es wäre nicht zu erkennen, wie sie daneben noch den gleichen Rechtstitel auf Grund eines Gewohnheitsrechts hätten erwerben können. Nach Beendigung der Verträge hätten die USA die Konsulargerichtsbarkeit weiter ausgeübt. Aus der diplomatischen Korrespondenz zwischen Frankreich und den USA gehe hervor, "that at all times France and the United States were looking for a solution based upon mutual agreement and that neither party intended to concede its legal position". Daher könne die Situation nur als provisorisch betrachtet werden.

Ähnliche Grundsätze würden gelten für das von den USA behauptete "right of assent", nämlich der Voraussetzung der Zustimmung der USA zu allen marokkanischen Gesetzen,

Die Rechtsprechung der internationalen Gerichte ist auf diese Frage, soweit ersichtlich, noch nicht eingegangen. Man wird keine allgemeine Antwort geben können, vielmehr muß es auf die konkrete Machtverteilung innerhalb eines Staates ankommen. Das soll am Beispiel der Staatenimmunität erläutert werden.

Beruht die Gewährung der Immunität auf einem Gesetz, also einem Akt der Legislative, dann kommt es entscheidend darauf an, ob der Gesetzgeber glaubte, damit einer völkerrechtlichen Pflicht nachzukommen. Ist der Gesetzgeber nicht eine Einzelperson, sondern eine Körperschaft mit parlamentarischem Verfahren, dann kommt es auf die Auffassung der Mehrheit an. Vollziehen die Gerichte nur das Gesetz, so ist ihre Auffassung dagegen unmaßgeblich.

Wird die Immunität dagegen außerhalb des gesetzlich geregelten Bereichs auf Grund der ständigen Rechtsprechung gewährt, so ist die Auffassung der Gerichte entscheidend und zwar die des jeweils höchsten Gerichts, die in der grundlegenden

---

die auf US-Staatsangehörige angewendet werden sollten. Auch hier könne allein aus der Tatsache, daß die marokkanischen Behörden den US-Behörden alle Gesetze übermittelten, noch keine Anerkennung einer Rechtspflicht, sondern nur die Anerkennung einer faktischen Machtlage abgeleitet werden, denn nur dadurch hätten die marokkanischen Gesetze auch Beachtung vor den Konsulargerichten finden können.

(4) Besteht allerdings eine Übung schon sehr lange, so läßt sich nach Ansicht des IGH von der Dauer auf die Rechtsüberzeugung schließen.

(Case concerning Right of Passage over Indian Territory, Merits, Judgment 12th april 1960, Reports 1960, S.40):

> "This practice having continued over a period extending beyond a century and a quarter unaffected by the change of regime in respect of the intervening territory which occurred when India became independent, the Court is, in view of all the circumstances of the case, satisfied that practice was accepted as law by the parties and has given rise to a right and a correlative obligation ."

Gegen diese Ansicht wendet sich die Dissenting Opinion des indischen Richters ad hoc C h a g l a , aaO., S. 120 f.

Entscheidung, dem "leading case" ihren Niederschlag gefunden hat. Die Auffassung der Exekutive, auch wenn es die des mit der auswärtigen Gewalt betrauten Organes ist, kann dann nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, wenn sie die Gerichte nicht binden kann. Anders in England und den USA, wo das "Foreign Office Certificate" bzw. "Department of State Certificate" die Gerichte bindet[1]; hier ist die Ansicht der zuständigen Exekutivbehörde entscheidend, die das Gericht nur berichtend wiedergeben kann.

Wird die ständige Rechtsprechung durch einen Akt der gesetzgebenden Gewalt geändert, so ist wiederum die Rechtsauffassung der Legislative maßgebend.

2. Wenn die zur Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht zuständigen Staatsorgane ihre Entscheidungen begründen, so kann eindeutig festgestellt werden, wieweit sie der Auffassung sind, kraft Völkerrechts verpflichtet zu sein. Das trifft aber nicht für alle Organe zu, die Motive des Gesetzgebers lassen sich oft trotz Wiedergabe der Debatten nicht feststellen und die Entscheidungen der Exekutive werden oft überhaupt nicht begründet. Würde man diese Fälle von der Entwicklung des Völkerrechts ausschließen, so würden gefährliche und unnötige Lücken entstehen. Das ist weder wünschenswert noch nötig, denn hier greift eine Reihe von Vermutungen ergänzend ein. Sie beruhen alle auf dem in vielen Rechtsordnungen anerkannten Grundsatz, innerstaatliche Rechtsnormen seien so auszulegen, daß sie mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates in Einklang gebracht werden können[2].

---

1) S. dazu für das Vereinigte Königreich: L y o n s , BYIL Bd.XXII, S.240 ff., BYIL Bd.XXIII, S.116 ff. und BYIL Bd.XXXIII, S.302 ff., zur englischen und amerikanischen Praxis: F.A. M a n n , SJZ 1950, Sp.546 ff.

2) So beruft sich der U.S. Supreme Court in Lauritzen v. Larsen (25.5.1953, 345 U.S. 571 = ILR 1953, S.197) auf ein Dictum von Chief Justice Marshall:
"... an act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains."
Das ist allgemeine Praxis, im Vereinigten Königreich wie in den USA (O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , § 21a, S.41 und § 23, S.45).

Unter Beachtung des Art.38 Abs.I litt. d des Statutes des IGH läßt sich daher feststellen:

(1) Verhält sich ein Staat entsprechend einer Entscheidung eines internationalen Gerichts, so wird vermutet, daß er von einer völkerrechtlichen Pflicht ausgeht, sich so

---

In Frankreich stellte das Ministère des Affaires étrangères fest (Note du Service Juridique en date du 23.1.1957, abgedruckt bei K i s s , Répertoire de la pratique française en matière du droit international public, Bd.I, No.1079):

"Théoriquemmant, il n'est pas impossible qu'une loi soit en contrediction avec un engagement international de l'État français ...

...

Mais ce cas sera très rare, car, à moins d'un texte formel, on ne peut supposer que le législateur ait voulu enfreindre un engagement international. On doit, au contraire, présumer qu'il a entendu réserver implicitement l'application des traités et conventions lorsqu'il ne le fait pas explicitement toute loi doit donc, en principe, se lire comme si elle contenait une disposition à cet effet."

Daher versteht die französische Rechtsprechung die fremdenrechtlichen Gesetze auch "réservé nécessairement le cas où l'étranger peut invoquer une convention diplomatique internationale le dispensant de ces conditions." (Cass. civ., Epoux Pirou c. veuve Pliskine, arrêt du 23 e 11 1957, abgedruckt bei K i s s , aaO., No.1083.) Für den deutschen Rechtsraum s. V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.112.

verhalten zu müssen[1];

(2) das gleiche gilt, wenn eine Handlung vorgenommen wird, die übereinstimmt

(a) mit den Rechtssätzen, die zum autoritären Vorgut des modernen Völkerrechts gehören,

(b) mit der überwiegenden Mehrheit der Völkerrechtslehrer,

(c) mit der in jenem Lande vorherrschenden Völkerrechtslehre[2].

Diese Vermutungen werden nur dann widerlegt, wenn sich der abweichende Wille irgendwie nach außen manifestiert.

---

1) Zwischen der völkerrechtlichen Wirkung eines Urteils eines staatlichen Gerichts und eines internationalen Gerichts besteht ein mitunter übersehener qualitativer Unterschied. Ein staatliches Urteil, das Völkerrecht interpretiert, ist immer ein Bestandteil der Staatenpraxis, "usus" im Sinne der Voraussetzungen der Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht. Auch eine an sich rechtsirrige Anwendung von Völkerrechtssätzen hat konstitutive Bedeutung, wenn sie auf einer ständigen nationalen Rechtsprechung beruht. Wenn der US Supreme Court eine Entscheidung über eine völkerrechtlich relevante Frage trifft, so legt er damit nicht "das Völkerrecht" dar, sondern die Völkerrechtsauffassung der USA.
Ein Urteil eines internationalen Gerichts, etwa des IGH bindet nur die Parteien des Rechtsstreits (s. dazu Art. 59 des Statuts). Entwickelt sich auf Grund dieses Urteils keine ihm entsprechende Staatenpraxis, so geht seine Bedeutung über den engen Rahmen des jus inter partes nicht hinaus. Da aber diese Urteile in hohem Grade "persuasive authority" darstellen, können sie Kristallisationspunkte für die folgende Bildung von Gewohnheitrecht darstellen (so auch W e n g l e r , Völkerrecht, Bd.I, S.361). Das muß in besonderem Umfange für die Staaten gelten, die sich für die Annahme der Fakultativklausel in Art.36 Abs.II des Statuts des IGH entschieden haben. (Einen Überblick darüber gibt P i n t o im Juris Classeur Droit International, Fasc. 216, No.85 ff.)

2) Die Bedeutung der Völkerrechtslehre ist besonders groß in Verbindung mit Entscheidungen der internationalen Gerichte. Sache der Lehre ist es nämlich, die Tragweite einer solchen Entscheidung über den konkreten Fall hinaus zu bestimmen, die charakteristischen Merkmale des Falles, die einer Typisierung und damit einer Verallgemeinerung zugänglich sind, herauszuarbeiten.

3. Würde man als Rechtsüberzeugung nur die Überzeugung gelten lassen, auf Grund des gegenwärtigen, positiven Völkerrechts verpflichtet zu sein, so könnten neue Sätze des Gewohnheitsrechts nur aus gemeinsamem Rechtsirrtum heraus entstehen[1]. Das kann nicht sinnvoll sein. Vielmehr erfolgt die Rechtsfortbildung dadurch, daß ein Verhalten "opinione necessitatis" erfolgt, in dem Willen, eine bindende Regel nicht zu halten, sondern durchzusetzen[2]. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Beschlüsse der Vollversammlung der OVN. Nach Art.10 ff. SVN kann die Vollversammlung an die Mitglieder nur Empfehlungen erteilen. Diese Empfehlungen sind an sich nicht verbindlich, aber die Mitglieder der OVN sind verpflichtet, die Empfehlungen in ernste Erwägung zu ziehen[3]. Darüber hinaus werden die Empfehlungen der Vollversammlung als Legitimation zu Handlungen betrachtet, die andernfalls nicht erlaubt wären[4].

---

1) S. dazu K u n z , AJIL Bd.47 (1953), S.664.

2) E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y , Bd.I, S.265.

3) D a h m , Bd.II, S.193 f. Der Ansicht von L a u t e r p a c h t in dessen Sondervotum zum Rechtsgutachten des IGH über das Abstimmungsverfahren für Südwestafrika (I.C.J., Reports 1955, S.118 f.), daß ein Mitglied eine Pflichtverletzung begeht, wenn es sich grundsätzlich und ohne besondere Gründe weigert, einer Empfehlung zu folgen, dürfte hinsichtlich der Staatenpraxis in der OVN und der Sanktionslosigkeit dieser Praxis mit Vorsicht zu begegnen sein. Zustimmend zu L a u t e r p a c h t , D a h m I, S.27. Wie hier, M a l i n t o p p i , Rivista di Diritto internationale Bd.XLIV (1961), S.604 ff. Anders ist die Rechtslage, wenn ein Gericht über die Interpretation einer von den Beteiligten akzeptierten Resolution zu entscheiden hat, denn dann ist diese Resolution selbst Quelle von Rechten und Pflichten für die Beteiligten. So gilt z.B. für das auf Grund der Resolution der Vollversammlung vom 15.10.1950 errichtete UN-Schiedsgericht für Libyen (ILR 1955, S.103): "The Tribunal 'whose decisions shall be based on law' shall apply the rules of law and shall not decide ex aequo et bono. It will thus apply the General Assembly resolution in the light of the principles of international law and of the rules for the interpretation of international treaties."

4) D a h m Bd.II, S.194.

Die völkerrechtliche Wirkung einer Resolution der Vollversammlung der OVN kann aber noch weiter gehen. Wird eine Resolution mit Einstimmigkeit oder ganz überwiegender Mehrheit angenommen[1], so kann damit eine opinio necessitatis zum Ausdruck gebracht werden, eine Aussage, das Völkerrecht solle sich in der angegebenen Richtung entwickeln[2]. Wird die Resolution von der Mehrzahl der Staaten befolgt, so entsteht allgemeines Gewohnheitsvölkerrecht mit bindender Wirkung auch für die Staaten, die nicht Mitglieder der OVN sind[3].

---

1) Für alle wichtigen Fragen ist durch Art.18 Abs.II SVN Zweidrittelmehrheit vorgeschrieben.

2) So nehmen D ö l l e - R e i c h e r t - F a c i l i d e s - Z w e i g e r t (Internationalrechtliche Betrachtungen zur Dekolonisierung, S.29 ff.) an, auf Grund der Resolution der Vollversammlung über die Dekolonisierung vom 13.12.1960 (UNYB 1960, S.48 ff.) sei eine auf Gewohnheitsvölkerrecht beruhende allgemeine Pflicht zur Dekolonisierung entstanden. Sie berufen sich darauf, daß die Resolution ohne Gegenstimme (bei neun Stimmenthaltungen) von 89 Staaten angenommen worden ist und ihren Niederschlag in der Staatenpraxis gefunden hat.
Wie vorsichtig man hier vorgehen muß, zeigt das traurige Schicksal der Menschenrechtsdeklaration der OVN, die auch einmal mit überwältigender Mehrheit angenommen worden war, der aber keine rechtsbegründende Staatenpraxis folgte (im einzelnen dazu G u r a d z e , Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht, S.118 ff.).

3) Zum Verhältnis von bindender Regel und Ausnahme in diesen Fällen, s. unten S. 320, Fn 1.

III. Partikuläres und allgemeines Gewohnheitsvölkerrecht

1. Daß zwischen zwei Staaten ein Rechtssatz des Gewohnheitsvölkerrechts entstehen kann, der nur diese Staaten bindet, hat der IGH mehrfach anerkannt[1]. Diese Art der Schöpfung partikulärer Rechtssätze ähnelt in besonderem Maße dem pactum tacitum. Sie führt dazu, daß zwischen den beiden Staaten eine bestimmte, meist historisch verfestigte Situation entsteht[2].

---

1) Im Falle der Rechte der amerikanischen Staatsangehörigen in Marokko (I.C.J., Reports 1952, S.176 ff.) und im Falle der Durchgangsrechte durch indisches Gebiet (I.C.J., Reports 1960, S.1 ff.) grundlegend:
(AaO., S.39 f.): "With regard to Portugal's claim of a right of passage as formulated by it on the basis of local custom, it is objected on behalf of India that no local custom could be established between only two States. It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of lang practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States."
(AaO., S.44): "Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the parties as governing relations between them, the Court must attribute decisive affect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a practice must prevail over any general rules."

2) Ein Beispiel dafür gibt die Entscheidung des IGH im Falle der Minquiers und Ecrehos Inseln (Judgement, Nov. 17th 1953, I.C.J. Reports 1953, S.47 ff.).

2. Die Bildung von allgemeinem Gewohnheitsvölkerrecht ist dagegen mit der Frage belastet, wie groß die Zahl der Präzedenzfälle und wie groß die Zahl der Staaten sein muß, die an diesen Präzedenzfällen beteiligt sind. Da sich der IGH im Fischereistreit zwischen Norwegen und dem Vereinigten Königreich vor diese Frage gestellt sah[1], soll versucht werden, der Methode der Entscheidung nachzugehen.

Streitig war die Frage, ob die von Norwegen seit einem königlichen Dekret von 1812 praktizierte Abgrenzung seiner Hoheitsgewässer mit dem Völkerrecht und zwar dem allgemeinen Gewohnheitsvölkerrecht zu vereinbaren ist oder nicht.

Das Gericht argumentiert in folgenden Stufen:
(1) Es ermittelt die allgemeine Staatenpraxis bei der Abgrenzung der Territorialgewässer, stellt fest, daß es keine einheitliche Methode gibt und daß die vorherrschende Methode auf die besonderen Verhältnisse der norwegischen Küste nicht anwendbar sei[2].
(2) Es prüft das englische Vorbringen, die norwegische Praxis beruhe auf historischen Rechtstiteln, die an sich tatbestandsmäßig Verletzungen des Völkerrechts darstellen würden und daher einer Ausdehnung nicht fähig seien. Das Gericht weist dieses Argument zurück mit der Bemerkung, daß die Rechtsposition für Norwegen noch günstiger wäre[3].
(3) Die norwegische Methode der Begrenzung der Territorialgewässer stelle seit 1812 in Verbindung mit Dekreten von 1869 und 1889 ein wohldurchdachtes System dar gegen das das Vereinigte Königreich erst 1933 formellen Protest erhoben habe[4]. Daher gelte[5]:

---

1) Arrêt du 18. déc. 1951, C.I.J. Recueil 1951, S.116.

2) AaO., S.127 ff.

3) AaO., S.130 ff.

4) Zuvor stellte das Gericht fest, daß Frankreich zwar protestiert, nach der Darlegung des norwegischen Standpunktes aber die Haltung Norwegens akzeptiert habe.

5) AaO., S.138.

"Comme ... des décrets sont ... l'application d'un système bien défini et unifié, c'est en définitive ce système lui-même qui aurait bénéficié d'une tolérance générale, fondement d'une consolidation historique qui le rendrait opposable à tous les États."

Zusammenfassend stellt das Gericht fest[1]:

"La Cour est ainsi amenée à conclure que la méthode des lignes droites, consacrée par le système norvégien, a été imposée par la géographie de la côte norvégienne; que, dès avant la naissance du différend, cette méthode avait été consolidée par une pratique constante et suffisamment longue en face de laquelle l'attitude des gouvernements atteste que ceux-ci ne l'ont pas considérée comme étant contraire au droit international."

Daraus lassen sich eine Reihe von Erkenntnissen gewinnen:

(1) Das Gericht geht nicht davon aus, daß zur Begründung eines Gewohnheitsrechtssatzes die Übereinstimmung aller Staaten notwendig sein muß, denn es begnügt sich nicht mit dem allgemeinen Hinweis, daß Norwegen dem System der anderen Staaten nicht gefolgt sei und daß damit überhaupt kein Rechtssatz entstanden sei. Nach Auffassung des Gerichts kann sich also Gewohnheitsvölkerrecht auch dann bilden, wenn ein bestimmter Staat der allgemeinen Praxis nicht folgt.

(2) Wenn der bloße Nonkonformismus nicht ausreicht, um die Rechtsentstehung zu verhindern, dann muß noch etwas hinzutreten, damit der allgemeine Rechtssatz nicht für den anders handelnden Staat verbindlich wird. Der Gerichtshof stellt hier drei Voraussetzungen fest:

(a) Der allgemeinen Rechtsentwicklung muß ein Verhalten entgegengesetzt werden, das auf einer andersartigen, aber in sich schlüssigen Auffassung von der konkreten Rechtslage nach Völkerrecht beruht; also ein Verhalten das dem Willen entspricht, völkerrechtsmäßig zu handeln und das mit Argumenten gerechtfertigt wird, die der gebräuchlichen Topik der allgemeinen Völkerrechtslehre entstammen.

---

1) AaO., S.139.

(b) Das abweichende Verhalten muß auf einer besonderen Gestaltung der realen Gegebenheiten beruhen, die eine andersartige Rechtsansicht verständlich machen.

(c) Das andersartige Verhalten muß von den anderen Staaten hingenommen werden. Dabei ist es eine Frage der konkreten Situation, ob der Protest eines Staates hinreicht, die Entstehung eines besonderen Völkerrechtssatzes nur mit Wirkung gegen ihn oder mit allgemeiner Wirkung zu verhindern. Es wird sehr darauf ankommen, welche Position der protestierende Staat verteidigt, seine eigenen Rechte, wie seine Personal- oder Gebietshoheit oder ein allgemeines Prinzip, wie hier die Freiheit der Meere[1].

3. Die gleichen Gesichtspunkte müssen für die Aufhebung eines Völkerrechtssatzes gelten. Auch hier kann das widerspruchslos hingenommene Verhalten eines Staates dazu führen, daß für diesen Staat eine bereits bestehende Rechtsnorm abgeändert wird. Das kann geschehen

a) mit allgemeiner Wirkung, wenn andere Staaten das an sich völkerrechtswidrige Verhalten nachahmen und damit zu erkennen geben, daß sie selbst die Norm abgeändert wissen wollen[2];

---

1) So nimmt S e i d l - H o h e n v e l d e r n , JZ 1954, S.490 zu recht an, daß eine etwaige Dekolonisierungspflicht nicht gegenüber Portugal und der Südafrikanischen Union Verbindlichkeit erlangen konnte, da diese Staaten ihr stets widersprochen hätten. Richter M o r e n o Q u i n t a n a bejahte in seiner Opinion Dissidente zum Fall der Durchgangsrechte über indisches Gebiet die Dekolonialisierungspflicht Portugals, stützte seine Ansicht aber nicht auf das Gewohnheitsvölkerrecht, sondern auf die Satzung der OVN (I.C.J. Reports 1960, S.95 f.): "Appuyer sans une preuve catégorique et concluante la demande du Portugal en l'espèce, qui implique la survivance du système colonial, c'est marcher à rebours dans le cadre de la Charte des Nations Unies.
Juge de sa loi - la Charte des Nations Unies - et juge de son temps, celui de l'indépendance de tous les peuples de la terre, la Cour internationale de Justice ne peut pas tourner le dos à la réalité du monde."
Wieweit sich ein Einzelstaat zum Fürsprecher eines allgemeinen Prinzips aufwerfen kann, wird Frage des Einzelfalls sein.

2) Diesen Grundsatz hat sogar das IMT Nürnberg anerkannt, als es im Falle Dönitz eine derogierende Abänderung des

b) mit beschränkter Wirkung, wenn auf die an sich mögliche Sanktion mehrfach verzichtet wird[1].

IV. Nach diesen Überlegungen läßt sich zusammenfassend bestimmen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit im Bereich des Internationalen Privatrechts eine Norm des Völkerrechts nachgewiesen werden kann:
(1) Das normierte Verhalten muß von allen, oder doch wenigstens der Mehrzahl der Staaten tatsächlich geübt werden. Dabei ist es nicht nötig, daß die Praxis auf einer gesetzlichen Regelung beruht, es genügt eine Übung der Gerichte. Dazu kann nicht in jedem Staat eine ständige Rechtsprechung verlangt werden. Liegt vielmehr eine ständige Rechtsprechung in mehreren Staaten vor, dann genügt auch der Nachweis von Einzelfällen gleicher Art, die von den Gerichten der übrigen Staaten entschieden wurden.
(2) Die Grundposition für die Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht ist bei den Fragen des Internationalen Privatrechts stets gegeben. Einmal kann schon durch die Grenznorm das Interesse eines fremden Staates an der ausschließlichen Regelung aller sich auf seinem Gebiet abspielenden menschlichen Handlungen berührt werden; andererseits ist ein Staat durch das Institut der diplomatischen Protektion in der Lage, die Interessen seiner Staatsangehörigen zu seinen eigenen zu

---

Kriegsvölkerrechts hinsichtlich des uneingeschränkten U-Bootkriegs annahm, IMT, Amtl. deutscher Text Bd.I, S.352 f.

1) Dabei wird man heute vorsichtig vorgehen müssen. Das Völkerrecht entwickelt sich mehr und mehr zu einer possessorischen Ordnung, da das Verbot der Gewalt das bisher wirksamste Mittel der Rechtsverfolgung ausschaltet, ohne an seine Stelle ein allgemein zugängliches System von Rechtsanwendungsorganen zu setzen, das seine Entscheidungen auch durchzusetzen vermag (s. dazu K u n z , WVR III S.626 f.).
Wenn ein Staat sein Recht nicht mit Gewalt durchzusetzen vermag, aber auch kein Internationales Gericht anrufen kann, wird ihm zur Erhaltung seiner Rechtsposition oft nur der Protest bleiben. Die Bedeutung des Protestes muß in dem Maße steigen, in dem andere Mittel der Rechtsbehauptung abgeschnitten werden. Der Protest eines aktiv legitimierten Staates muß also genügen, um die Entstehung neuen Gewohnheitsvölkerrechts zu verhindern (s. dazu

machen und dadurch die Entstehung von völkerrechtlichen Normen über die Behandlung fremder Staatsangehöriger zu bewirken.
Aus beiden Grundpositionen können sich sowohl Grenzen für den Regelungsbereich des eigenen Rechts, wie auch Pflichten zur Anwendung fremden Rechts bilden.
(3) Auch ein gleichartiges Verhalten der Staatsorgane reicht allein aber nicht aus um einen Satz des Gewohnheitsvölkerrechts entstehen zu lassen. Das Verhalten muß in dem Bewußtsein erfolgen, dazu kraft Völkerrechts verpflichtet zu sein. Daher kommt es entscheidend auf die Motive des Verhaltens an. Sie können dort überprüft werden, wo hoheitliches Handeln begründet wird, z.B. bei Gerichtsentscheidungen. Wo es an dieser Begründung fehlt, oder wo die Begründung unklar ist, hilft die Vermutung, daß die Entscheidung in Übereinstimmung mit der herrschenden Völkerrechtslehre erfolgte und daß andererseits völkerrechtswidriges Verhalten nicht vermutet wird.
(4) Nicht nur das Bewußtsein, nach Völkerrecht zu handeln, reicht aus, sondern auch das Bewußtsein, Völkerrecht schaffen zu wollen, die opinio necessitatis.
(5) Stellt sich ein Staat einer allgemeinen Entwicklung entgegen, so kann dies zur Folge haben, daß eine Norm des Gewohnheitsvölkerrechts nicht mit Wirkungen gegen diesen Staat entsteht, nicht aber kann dieses Verhalten die Entstehung der Norm allgemein verhindern.
(6) Die Existenz von Verträgen allein ist noch kein Nachweis für die Nichtexistenz einer einschlägigen Norm des Gewohnheitsvölkerrechts. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, ob die Vertragspartner mit dem Abschluß des Vertrages die möglicherweise unbestimmte Norm des Gewohnheitsrechtes präzisieren wollten, oder ob sie den Vertrag schlossen, weil es an einer entsprechenden Norm des Gewohnheitsrechts fehlte. Die hinter den Verträgen stehende Rechtsüberzeugung kann auf diese Weise zum Nachweis der opinio juris herangezogen werden.

K u n z , WVR II, S.810 ff. mit Beispielen aus der neueren Staatenpraxis).

§ 21

Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze

Um der Bedeutung dieser Rechtsquelle gerecht zu werden, ist vorweg nötig, zwischen "Grundsätzen des Völkerrechts" und "Allgemeinen Rechtsgrundsätzen" zu unterscheiden.

I. Die Grundsätze des Völkerrechts

1. Das moderne Völkerrecht ist durch die Anerkennung des Gewohnheitsrechts in hohem Grade Fallrecht. Damit erfolgt die Rechtsbildung und Rechtsfortbildung nach Gesetzen, wie sie jeder auf Fallrecht beruhenden Rechtsordnung eigen sind[1].

a) Ein Rechtssatz entsteht aus Präzedenzfällen, er wird evident im Konflikt, sei es, daß der Konflikt durch diplomatische Verhandlungen, sei es daß er durch eine richterliche Entscheidung gelöst wurde (soweit die Parteien überhaupt Recht anwenden und nicht eine politische Lösung treffen oder ex aequo et bono entscheiden wollten). Um aus einer Mehrzahl von Einzelfällen, die sich niemals in allen Elementen des Sachverhalts gleichen, eine Regel finden zu können, die auch für andere Fälle gelten kann, ist ein Abstraktionsprozeß vonnöten. Diese Abstraktion stellt bereits eine geistige Verarbeitung des Falles unter einem Prinzip dar, das sowohl die besondere juristische Problemstellung des Falles als auch bereits die Lösung prägt[2]. Erst die auf diese Weise ermittelte ratio decidendi des Präzedenzfalles erlaubt dessen Extrapolation zum subsumtionsfähigen Satz des Gewohnheitsvölkerrechts.

Rechtsgrundsatz des Völkerrechts bedeutet also einmal: Die aus den Präzedenzfällen gewonnene allgemeine Regel des Gewohnheitsvölkerrechts[3].

---

1) Daher ergeben sich große Ähnlichkeiten des Gewohnheitsvölkerrechts mit dem Fallrecht des englischen und amerikanischen Rechts, so auch W e n g l e r , Völkerrecht (Bd.I), S.176.

2) Zu dieser Bedeutung des "principle" im anglo-amerikanischen case-law s. E s s e r , Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S.185 ff.

3) In den Urteilen des StIGH und des IGH bedeutet "principe" oder "principle" nicht mehr als die Aussage, es gebe

b) Der Abstraktionsgrad solcher Sätze kann sich steigern, so daß die Subsumtion nur mehr unter Heranziehung ergänzender Normen erfolgen kann. So stellt der Rechtssatz: "Ein Staat ist verpflichtet, einem anderen Staat den Schaden zu ersetzen, den er dessen Staatsangehörigen in völkerrechtswidriger Weise zugefügt hat" bereits einen hohen Grad von Abstraktion dar. Die Subsumtion unter ihn ist nur möglich, wenn man ihn hinsichtlich des Merkmals: "in völkerrechtswidriger Weise" mit Hilfe der Präzedenzfälle konkretisiert. Die wissenschaftliche Bearbeitung des Völkerrechts kann aber auch zu Abstraktionen didaktischer Art führen, die nicht mehr als subsumtionsfähige Sätze angesehen werden können. So kann man zwar die gesamte Rechtsbeziehung eines Staates zu seinem Gebiet als "Territorialhoheit" zusammenfassen; welche Rechtspflichten aber daraus für andere Staaten entstehen, ist aus der Begriffsbildung nicht mehr zu entnehmen. Es handelt sich vielmehr um systematische Zusammenfas-

---

einen entsprechenden Rechtssatz des Gewohnheitsvölkerrechts. Eine Illustration geben die beiden Urteile im Fall der Fabrik von Chorzow (C.P.J.I., Sér. A No.9, vom 26.7.1927, compétence; C.P.J.I., Sér. A No.17, vom 13.9. 1928, fond):
"C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate" heißt es im Urteil über die Zuständigkeit (Sér. A No.9, S.21)
und:
"... La Cour constate que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer." (Sér. A No.17, p. 29)
und noch genauer:
"Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit ... effacer toutes les conséquences de l'acte illicite ..."
Das gleiche wird anerkannt für den Grundsatz, daß die Entschädigung der Höhe des Schadens entsprechen müsse (No.17, S.27 und S.31).
Daß der Begriff "Prinzip" mitunter aber auch besagen kann, daß gerade keine Rechtspflicht besteht, zeigt folgendes Dictum im Ambatielos-Fall (Merits, I.C.J., Reports 1953, S.19):
"... the principle, which is well-established in international law ... that a State may not be compelled to submit its disputes to arbitration without its consent."

sungen ganzer Normenkomplexe. Zur Fallentscheidung muß jeweils die einzelne Völkerrechtsregel gesondert bestimmt werden[1]. Rechtsgrundsatz des Völkerrechts in diesem Sinne bedeutet also: Zusammenfassung mehrerer positiver Rechtssätze des Gewohnheitsvölkerrechts unter einem systematischen Gesichtspunkt.

2. Über die Verarbeitung der Sätze des Gewohnheitsvölkerrechts hinaus taucht der Begriff der Grundsätze des Völkerrechts aber auch noch in anderem Zusammenhang auf.

a) Es gibt Grundsätze, die nicht aus den bereits bestehenden Sätzen des Völkerrechts gewonnen werden, sondern die ihrerseits zum Entstehen von Rechtssätzen führen: die Leitideen

---

1) So stellte der StIGH im Rechtsgutachten über die Zuständigkeit der Danziger Gerichte (P.C.I.J., Sér. B No.15, S.17) fest:
"It may be readily admitted that, according to a well-established principle of international law, the Beamtenabkommen, being an international agreement, cannot, as such, create direct rights and obligations for private individuals."
Daß das Gericht aber darin keinen Rechtssatz erblickt, zeigt sich daraus, daß es im konkreten Fall feststellt, die Parteien hätten hier aber Rechte und Pflichten für Einzelpersonen begründen wollen. Das zitierte "principle" hat also lediglich den Charakter einer Interpretationsnorm. Dagegen sind Fälle denkbar, daß ein systematischer Grundsatz als Entscheidungsgrundlage angeführt wird, dann nämlich, wenn seine Tragweite im konkreten Fall klar ist und die Erwähnung nur im Sinne einer abkürzenden Chiffre erfolgt. So erwähnte der StIGH im Rechtsstreit zwischen dem Deutschen Reich und Polen über die deutschen Interessen in Oberschlesien das "principe du respect des droits acquis" (C.P.J.I., Sér. A No.7, S.22 und S.42). Diese Abkürzung war im konkreten Fall unschädlich, da die Tragweite des Rechtssatzes, auf den sich das Gericht berief, aus dem Zusammenhang des Verfahrens klar hervorging.

der gegenwärtigen Ordnung der Staatengemeinschaft, politische Vorstellungen darüber, wie die Völkerrechtsgemeinschaft rechtens organisiert zu sein hätte.

Diese Grundsätze sind Produkte einer bestimmten historischen Konstellation, sie haben oft bei ihrem Entstehen polemischen Charakter als Prinzip einer besseren Ordnung gegenüber der bestehenden.

Solche Grundsätze sind im gegenwärtigen Völkerrecht:

Das Prinzip von der Freiheit der Meere[1];

das Prinzip der Unabhängigkeit und rechtlichen Gleichheit der Staaten[2];

das Agressionsverbot[3];

und gegenwärtig noch umstritten:

Das Prinzip der Effektivität[4];

das Prinzip der friedlichen Coexistenz[5];

das Selbstbestimmungsrecht der Nationen[6].

Diese Prinzipien sind nicht positive Sätze des Völkerrechts, sondern gleichsam die Werkstatt der Rechtsbildung. Sie haben eine doppelte Funktion:

i) Sie dienen der Interpretation des positiven Völkerrechts. Dessen Normen sind im Zweifel so zu verstehen, daß sie mit den gegenwärtigen Verfassungsprinzipien der Staatengemeinschaft übereinstimmen;

ii) sie geben die Richtung an, in der sich das positive Völkerrecht entwickelt und sie zeigen, welche Normen zum Absterben verurteilt sind.

Das schließt nicht aus, daß ein anerkanntes Prinzip in diesem Sinne auch zugleich eine systematische Funktion als

---

1) S. dazu K r ü g e r , WVR I., S.791 ff. und WVR III, S.206 ff.

2) S. dazu L e i b h o l z , WVR I, S.694 ff. und S c u p i n , WVR I, S.723 ff.

3) S. dazu W e h b e r g , WVR II, S.370 ff.

4) S. dazu K r ü g e r , WVR I, 410 ff.

5) S. dazu Frh. v. d. H e y d t e , WVR II, S.237, zur sowjetischen Auffassung, T u n k i n , RdC Bd.95 (1958 III) S.1 ff.

6) S. dazu A r m b r u s t e r , WVR III, S.250 ff.

Zusammenfassung völkerrechtlicher Normenkomplexe haben kann[1].

b) Auch im Völkerrecht gelten gewisse Prinzipien, die der Rechtsidee immanent sind. Sie werden in der Völkerrechtslehre unter dem Begriff: "Grundsatz der Menschlichkeit" zusammengefaßt[2]. Auch sie sind ein Produkt bestimmter historischer Ereignisse. Sie sind über den Niederschlag in internationalen Konventionen hinaus[3] justitiabel[4].

---

1) So stellt der StIGH im Lotus-Fall fest (C.P.J.I., Sér. A No.10, S.25):
"Le principe de la liberté de la mer a pour conséquence que le navire en haute mer est assimilé au territoire de l'État dont il porte le pavillon, car, comme dans le territoire, cet État y fait valoir son autorité et aucun autre État ne peut y exercer la sienne."
Damit wird die Beziehung von Rechtssatz und Prinzip angedeutet, wobei der Rechtssatz die konkrete Ausgestaltung des Prinzips darstellt, die nicht einfach durch Subsumtion zu gewinnen ist, sondern sich auf Grund des Prinzips entwickelt hat.

2) V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.134 f.

3) Dieses Prinzip trägt die Konventionen gegen den Sklavenhandel (D a h m I, S.438 ff.), und die Genocidium-Konvention (BGBl. 1954 II, S.730 f.).

4) So hat der IGH in seinem Gutachten über die Vorbehalte zur Genocidium-Konvention (C.I.J., Recueil 1951, S.23) festgestellt:
"les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel."
Daher seien hier hinsichtlich der Vorbehalte andere Gesichtspunkte gegeben, als bei anderen Konventionen.
Im Korfu-Kanal Streit begründete der IGH die Haftung Albaniens für ein Minenfeld in seinen Hoheitsgewässern aus folgenden Rechtsquellen (C.I.J., Recueil 1949, S.22):
"Ces obligations (scil. die Existenz des Minenfelds bekanntzugeben) sont fondées ... sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États."
Der Gerichtshof zieht also kumulativ ein Prinzip der Rechtsidee, einen politischen Grundsatz des Völkerrechts und einen positiven Satz des Gewohnheitsvölkerrechts heran.

II. "Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"

1. Die Schöpfer des Status des StIGH waren sich nicht völlig einig darüber, was sie erreichen wollten, als sie dem neuen Gerichtshof der Welt die Ermächtigung gaben, auch allgemeine Rechtsgrundsätze anzuwenden. Zwei verschiedene Auffassungen standen sich gegenüber, die beide zur Auslegung der Bestimmung heranzuziehen sind:

(1) Allgemeine Rechtsgrundsätze = "la conscience juridique des peuples civilisés"[1];

(2) Allgemeine Rechtsgrundsätze = diejenigen Grundsätze, die von den zivilisierten Nationen in foro domestico anerkannt werden[2].

Dabei stellte diese Bestimmung keine Neuschöpfung dar, denn die internationalen Schiedsgerichte hatten sich bereits vor der Errichtung des Status nicht auf die beiden "positiven" Quellen des Völkerrechts, Vertrag und Gewohnheit, beschränkt, sondern auf gewisse Regeln des nationalen Privatrechts zurückgegriffen[3].

---

1) Diese Ansicht vertraten die dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis entstammenden Juristen, s. S o e r e n s e n, Les sources du droit international, S.124 f.

2) So die Vertreter des anglo-amerikanischen Rechtskreises, Lord P h i l l i m o r e und Elihu R o o t . Die endgültige Fassung des Statuts beruht auf ihrem Formulierungsvorschlag, S o e r e n s e n , aaO., S.125 f.

3) Das hängt damit zusammen, daß in den alten Schiedsverträgen, die Schiedsrichter schworen, nach "justice, equity and the law of nations" zu entscheiden (s. den Jay Treaty, 1794, S t u y t , Survey of International Arbitrations, 1794-1938, No.3), aber eine einheitliche Praxis entwickelte sich nicht, wie die bei S t u y t angeführten Beispiele zeigen.
Eine Zusammenstellung der von den Schiedsgerichten angewendeten Rechtsgrundsätzen gibt L a u t e r p a c h t , Private Law Sources and Analogies of International Law, S.60 ff.

Die beiden Gruppen stehen auf völlig verschiedener Stufe. Die erste Gruppe steht in unmittelbarer Beziehung zur Rechtsidee und damit zur Grundnorm des Völkerrechts[1]. Ihre systematische Bedeutung ist zwar außerordentlich groß, aber sie gehören zu dem Bereich des hochpolitischen Völkerrechts, das beim gegenwärtigen Stand der internationalen Gerichtsbarkeit kaum justitiabel ist[2].

So kommt praktische Bedeutung nur der zweiten Gruppe zu, die darum auch näher zu behandeln ist.

2. Untersucht man die Fälle, zu deren Entscheidung internationale Gerichte die Allgemeinen Rechtsgrundsätze heranzogen, so zeigt sich, daß dies in verschiedenen aber abgrenzbaren Zusammenhängen und Funktionen geschah.
Im ganzen lassen sich drei Funktionskreise feststellen:

a) Der erste Funktionskreis der Allgemeinen Rechtsgrundsätze dient der Präzisierung von Instituten des Völkerrechts, die dem Privatrecht entnommen wurden und in der gleichen Funktion in den Privatrechtsordnungen wieder auftreten. Die privatrechte Entsprechung solcher Institute zeigt sich mitunter schon an der Bezeichnung, z.B. "Treuhand", "trust", "tutelle"[3].

---

1) V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.13 ff.

2) Das IMT Nürnberg und das IMT Tokio, die zum Teil aus diesem Prinzip gerechtfertigt werden können, beruhen auf einer einmaligen geschichtlichen Konstellation, der bedingungslosen Kapitulation des Kriegsgegners.

3) Den Rezeptionsprozeß beschreibt Lord M c N a i r in seinem Sondervotum zum Rechtsgutachten des IGH über den Status Süd-Westafrikas (I.C.J. Reports 1950, S.148): "The way in which international law borrows from this source is not by means of importing private law institutions 'lock, stock and barrel', ready made and fully equipped with a set of rules. It would be difficult to reconcile such a process with the application of 'the general principles of law'. In my opinion, the true view of the duty of international tribunals in this matter is to regard any features or terminology which are reminiscent of the rules and institutions of private law as an indication of policy and principles rather thas as directly importing these rules and institutions."

Das wichtigste, dem Privatrecht entnommene und entsprechende Institut des Völkerrechts ist der Vertrag. Die Analogie zum Privatrecht ist umsomehr begründet, als das Völkerrecht ebenfalls als Koordinationsrecht grundsätzlich gleichberechtigter Partner auftritt. Daher dienen Allgemeine Rechtsgrundsätze nicht nur zur Auslegung von Verträgen[1], sondern auch zur Klärung von Fragen des Vertragsschlusses, z.B. der Wirkung des Irrtums einer Partei[2].

b) Vor ähnliche Probleme sieht sich die Ausgestaltung des Verfahrens vor internationalen Gerichten gestellt. Auch hier entspricht die Interessenlage grundsätzlich dem Privatrecht, d.h. dem Zivilprozeß und dem privatrechtlichen Schiedsverfahren. So werden den innerstaatlichen Rechtsordnungen nicht nur allgemeine Prozeßgrundsätze entnommen, wie der Grundsatz der res judicata, sondern auch die dem Zivilprozeß eigenen Beweisregeln und die Grundlagen des Schiedsverfahrens, z.B. der Satz: "Extra compromissum arbiter nihil facere potest"[3].

c) Der dritte Funktionskreis umfaßt die Regeln, die dem Bereich der aequitas und equity entstammen:

i) Das Verbot des Rechtsmißbrauchs in einem doppelten Sinn:

- als Beschränkung der Ausübung völkerrechtlicher subjektiver Rechte[4]
- und als allgemeines Willkürverbot im Bereich des vom positiven Völkerrecht frei gelassenen Bereichs

---

1) S c h w a r z e n b e r g e r , International Law Bd.I, S.491 ff.

2) So der IGH im Falle des Tempels von Préah Vihéar (I.C.J., Reports 1962, S.1 ff.).

3) Bin C h e n g , General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, S.257 ff. Es ist kein Zufall, daß die meisten dieser Grundsätze im Gewand von lateinischen Rechtsparoemien auftreten.

4) C h e n g , aaO., S.121 ff. Der StIGH hat sowohl im Fall der deutschen Interessen in Oberschlesien (C.P.J.I., Sér. A No.7, S.30), als auch im Freizonenfall (C.P.J.I., Sér. A/B No.46, S.167) die grundsätzliche Möglichkeit des Rechtsmißbrauchs angenommen und nur festgestellt:

staatlichen Handelns[1].

"L'Allemagne a conservé jusqu'au transfert effectif de la souveraineté le droit de disposer de ses biens, et ce n'est qu'un abus de ce droit ou un manquement au principe de la bonne foi qui pourraient donner à un acte d'aliénation la caractère d'une violation du Traité; um tel abus ne se présume pas, mais il incombe à celui qui l'allègue de fournir la preuve de son allégation." (C.P.J.I., Sér. A No.7, S.30)
Aus diesem Grunde erscheint es zu vorsichtig, wenn S c h ü l e , WVR Bd.III, S.69 ff. annimmt, das Verbot des Rechtsmißbrauchs sei noch nicht Bestandteil des Völkerrechts.

1) L e i b h o l z , Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten, nimmt zu Recht an, daß das Verbot der Willkür (Willkür = radikale absolute Verneinung der Gerechtigkeit) die Grundlage des Völkerrechts darstelle , so daß das gesamte positive Völkerrecht nur als Entfaltung des Willkürverbotes angesehen werden könne: "Vertrags- und Gewohnheitsrecht werden meist in judiciabler Form praktisch gar nicht angewendet werden können, ohne daß man zum mindesten stillschweigend auf den Willkürsatz und die in ihm eingeschlossenen und durch ihn bedingten ungeschriebenen Rechtssätze rekurrierte, die in Wirklichkeit das ganze, angeblich geschlossene positive Völkerrecht durchleuchten." (ZaöRVR 1929, S.122 = S.46 des Sonderdrucks der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt.)
Dazu ist zu bemerken: Auch das BGB in der Form des realen Corpus juris, die es gegenwärtig angenommen hat, ist nichts anderes als eine Entfaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Aber dieser Grundsatz ist nicht in dem Sinne eindeutig, daß sich aus ihm zwingend die jeweilige konkrete Lösung entnehmen ließe. In vielen Fällen könnte man sich statt der positivierten Lösung eine andere denken, die ebenfalls noch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar wäre. Neben der Positivierung hat aber der Grundsatz von Treu und Glauben eine eigenständige Funktion, wie an der umfangreichen Rechtsprechung zu § 242 BGB deutlich wird, eine Funktion, die erst zur Positivierung durch Richterrecht führen kann.
Auch im Völkerrecht verwirklicht sich das Rechtsbewußtsein durch Positivierung von Rechtssätzen im Wege der Entstehung von Gewohnheitsvölkerrecht nach dem oben beschriebenen Prozeß, da das Rechtsbewußtsein, die opinio juris sive necessitatis die Geltungsgrundlage des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts darstellt (so auch L e i b h o l z , aaO., S.2 f. = S.78 f. und S.46 f. = S.122 f.). Trotzdem können positives Gewohnheitsrecht und Rechtsbewußtsein in Widerspruch geraten, wobei dann durch die Notwendigkeit der Bildung abändernden Gewohnheitsrechts ein gewisser Verzögerungseffekt der Positivierung eintritt, ohne daß man aber das noch geltende Recht schon als "Willkür" im obigen Sinne, nämlich als Negation der Gerechtigkeit bezeichnen könnte.

ii) Als besondere Treuebindung auf Grund einer Sonderbeziehung wie der vertraglichen Bindung und der Nachbarschaft[1].

3. Der Bereich der Allgemeinen Rechtsgrundsätze geht über die beiden anderen Rechtsquellen des Völkerrechts hinaus. Im einzelnen mag es oft streitig sein, ob eine Entscheidungsmaxime etwa dem Gewohnheitsrecht oder den Allgemeinen Rechtsgrundsätzen angehört[2].

Zur näheren Bestimmung dieser Rechtsquelle läßt sich aber feststellen:

a) Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze haben nicht die Funktion, selbständige Handlungspflichten der Staaten zu begründen. Sie schaffen Pflichten innerhalb bestehender Rechtsverhältnisse durch deren Modifikation und nähere Ausgestaltung, während sich das allgemeine Willkürrecht nur als Verbot auswirkt, gewisse Handlungen zu unterlassen[3].

Ebenso, wie § 242 BGB neben der Positivierung seine besondere Funktion behält, als Ermächtigung zur Schöpfung von Richterrecht zu immer neuen Rechtsnormen zu führen, so bleibt auch dem völkerrechtlichen Willkürverbot eine gesonderte Funktion neben Vertrag und Gewohnheit. Im Interesse der Klarheit soll nur diese gesonderte Funktion, die ihrerseits vor-positiv wirkt, allein als Willkürverbot verstanden werden.

1) S. dazu Frh. v. d. H e y d t e , Festschrift für Verdross, S.133 ff.

2) Weder der StIGH noch sein Nachfolger machten sich die Mühe, zu definieren, welcher Rechtsquelle sie ihre Entscheidungsmaximen entnahmen. Man kann die Grundsätze zum völkerrechtlichen Delikt als Allgemeine Rechtsgrundsätze auffassen (so C h e n g , aaO., S.163 ff.), da sie aber im wesentlichen bereits in der int. Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit begründet sind, wird man sie richtiger bereits als Gewohnheitsrecht ansehen können.

3) W e n g l e r , Völkerrecht (Bd.I) S.366 ff.

b) Die Frage, welchen Rechtsordnungen ein Rechtssatz angehören muß, um für das Völkerrecht rezeptionsfähig zu sein, läßt sich nicht allgemein beantworten.

i) Regelmäßig ist davon auszugehen, daß ein Rechtsgrundsatz in allen Rechtskreisen vorkommen muß. Das läßt sich bereits aus Art.9 des Statuts des IGH begründen, der bestimmt, daß im Weltgerichtshof Vertreter aller Rechtskreise das Richteramt ausüben sollen.

ii) Doch leidet dieser Grundsatz Einschränkungen: Ausscheiden müssen primitive Rechte, die der Entwicklungsstufe der Völkerrechtsgemeinschaft nicht Rechnung tragen. So wird man nicht annehmen können, daß der in fernöstlichen Rechtsordnungen vorkommende Satz, es müsse solange verhandelt werden, bis ein Übereinkommen erzielt wird, für das Völkerrecht verwertbar ist und zwar auch nicht im Verhältnis der Staaten Asiens zueinander[1].

iii) Ist ein bestimmtes Institut genetisch einem bestimmten Rechtskreis entnommen worden, so kann seine Ergänzung auch nur aus dem gleichen Rechtskreis erfolgen. Das muß vor allem für die aus dem römischen Recht übernommenen Institute gelten.

iv) Da das Völkerrecht als Rechtsordnung gleichgesteller Staaten und damit als Koordinationsrecht in seiner Struktur dem Privatrecht entspricht, können Allgemeine Rechtsgrundsätze nicht einer Rechtsordnung entnommen werden, die ein Privatrecht als Koordinationsrecht nicht mehr kennt.

---

1) D ö l l e - R e i c h e r t - F a c i l i d e s - Z w e i g e r t lassen in ihrem Rechtsgutachten die Möglichkeit einer Bindung einer europäischen Macht an die Rechtsvorstellungen des fernen Ostens für den Fall der Rechtsbeziehungen zu einer asiatischen Macht offen (Internationalrechtliche Betrachtungen zur Dekolonialisierung, S.28 f.).
S e i d l - H o h e n v e l d e r n , JZ 1964, S.490, Fn.19 hebt in diesem Zusammenhang mit Recht hervor, daß derart fremdartige Rechtsvorstellungen zumindest nicht im Wege einer Mentalreservation der asiatischen Macht in den Vertrag hineingedacht werden können.

Zusammenfassend läßt sich feststellen:
Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze sind Völkerrecht nicht nur dann, wenn sie die Gestalt von Sätzen des Vertrags- und Gewohnheitsrechts angenommen haben[1]; andererseits entsteht ein Allgemeiner Rechtsgrundsatz im Völkerrecht nicht schon dadurch, daß in allen Rechtskreisen ein bestimmtes Institut in gleicher Form und Funktion vorkommt.

III. Für die Frage, wieweit sich völkerrechtliche Normen auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts gebildet haben, werfen daher die Allgemeinen Rechtsgrundsätze keine Ergebnisse ab.
(1) Die Tatsache allein, daß die gleiche Norm des Internationalen Privatrechts allgemein in nahezu allen Staaten gilt, macht sie nicht zum Völkerrecht. Würde man dieser Theorie folgen, so wäre das besondere Erfordernis der Rechtsüberzeugung bei der Bildung von Gewohnheitsvölkerrecht gegenstandslos.
(2) Die Ergänzungsfunktion der Allgemeinen Rechtsgrundsätze führt dazu, daß sie erst dort eingreifen können, wo ein Institut bereits vom Gewohnheitsvölkerrecht ausgebildet wurde. Das bedeutet für die konkrete Fragestellung: Nur dort, wo bereits völkerrechtliche Pflichten auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts im Gewohnheitsvölkerrecht entstanden sind, können die Allgemeinen Rechtsgrundsätze modifizierend und ergänzend eingreifen, zur Bildung neuer Pflichten können sie nicht herangezogen werden.

---

1) Zu Unrecht lehnt daher das Lehrbuch "Völkerrecht" der Akademie der Wissenschaften der UdSSR die Existenz der Allgemeinen Rechtsgrundsätze als selbständige Rechtsquelle ab: "Ihre Realisierung erfahren sie in den entsprechenden internationalen Verträgen oder in der internationalen Gewohnheit und sind ihrem Wesen nach ihre Verallgemeinerung. Regeln, die in völkerrechtlichen Verträgen oder Gewohnheiten nicht zum Ausdruck kommen, darf man nicht als 'allgemeine Grundsätze' betrachten." (S.6).

§ 22

Völkerrecht und staatliche Souveränität

Der Begriff der Souveränität hat eine lange Geschichte[1]. Sein Wesen ist zwiespältig, er ist ein politischer Begriff, als politischer Kampfbegriff entstanden[2], als Rechtsbegriff in das Völkerrecht eingedrungen, auch dort bekämpft[3] und doch aus diesem aus praktischen Gründen nicht zu eliminieren[4].

Die hier vorzunehmenden Untersuchungen dieses Begriffes brauchen nur einen beschränkten Kreis zu umfassen. Hier interessiert einmal nur der Rechtsbegriff der Souveränität, zum anderen nur die sog. äußere Souveränität[5], nämlich ihr Verhältnis zum Völkerrecht.

Diese Analyse, die den Begriff in seiner rechtstechnischen Funktion erfassen soll, von allem politischen Beiklang gereinigt, setzt voraus, daß seine Funktion am Rechtsfall erprobt wird. Daher ist zu untersuchen, wie er von den internationalen Gerichten verwendet wird.

I. Völkerrecht und Souveränität in der Rechtsprechung des StIGH und IGH.

1. Von grundlegender Bedeutung ist die Entscheidung des StIGH im Lotus-Fall[6]. Daher soll sie einer besonders genauen Prüfung unterzogen werden.

a) Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein französischer Staatsangehöriger war vor einem türkischen Gericht angeklagt worden. Ihm wurde vorgeworfen, er habe als Wachoffizier eines französischen Schiffes einen

---

1) Eine historische Darstellung gibt v a n K l e f f e n s, RdC Bd.82, S.1 ff.

2) Zur politischen Bedeutung der Souveränität s. v. S i m s o n , Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart.

3) Eine Darstellung dieser Theorie gibt G u n s t , Der Begriff der Souveränität im modernen Völkerrecht, S.50 ff.

4) Zu diesem Ergebnis kommt v a n K l e f f e n s , aaO., S. 35 .

5) Zum Verhältnis von innerer und äußerer Souveränität s. G u n s t , aaO., S.62 ff.

6) Urteil vom 7.9.1927, Arrêt No.9, Sér. A. No.10.

Schiffszusammenstoß auf hoher See verschuldet, bei dem ein türkisches Schiff sank und einige türkische Staatsangehörige ums Leben kamen. Nach dem türkischen Strafgesetzbuch konnte auch ein Ausländer bestraft werden, der eine Straftat zum Nachteil eines türkischen Staatsangehörigen begangen hatte.
Frankreich bestritt in Ausübung der diplomatischen Protektion der Türkei die völkerrechtliche Zuständigkeit zur Bestrafung des Franzosen. In der Türkei war durch Vertrag vom 24.7.1923 (Lausanner Konvention) die Konsulargerichtsbarkeit abgelöst worden, nach ihr sollten die türkischen Gerichte gemäß den Grundsätzen des Völkerrechts zuständig sein. Also mußte das Gericht nach allgemeinem Völkerrecht die Zuständigkeit der türkischen Strafverfolgungsbehörden prüfen[1].

b) Das Gericht argumentiert in mehreren Stufen, die sich konzentrisch auf den konkreten Fall zu bewegen.

i) Erste und allgemeinste Stufe:
Die Gerichtsbarkeit der Staaten sei territorial, d.h., es sei keinem Staat erlaubt, seine Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet eines anderen Staates auszuüben, wenn nicht ein besonderer Rechtssatz des Völkerrechts vorliege, der ihm diese Ausdehnung erlaube[2]. Daraus folge aber nicht[3],

> "que ... le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États

---

1) Das Gericht betonte ausdrücklich, es habe sich nicht mit der Frage zu befassen, ob das türkische Verfahren mit dem türkischen Recht übereinstimme (S.11).

2) S.18.

3) S.18 f.

d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour des autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables."

Daher erkläre sich auch die Mannigfaltigkeit der Systeme des Internationalen Strafrechts[1], die bisher von den anderen Staaten ohne Widerspruch und Einwendungen hingenommen worden seien. Ein Staat sei darum nur verpflichtet, die ihm vom Völkerrecht gezogenen Grenzen zu beachten[2],

"en deça de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce, se trouve dans sa souveraineté."

ii) Zweite Argumentationsstufe:

Alle staatlichen Rechtsordnungen gingen von der Territorialität des Strafrechts aus, obwohl sie auch nahezu alle nach verschiedenartigen Gesichtspunkten auch im Ausland begangene Straftaten erfaßten. Diese Erscheinung lasse sich nun unterschiedlich interpretieren[3]:

(1) Türkische Interpretation: Für das Internationale Strafrecht gälten die allgemeinen Regeln, so daß die Ausdehnung des Strafgesetzes grundsätzlich erlaubt und nur auf Grund eines besonderen völkerrechtlichen Rechtssatzes verboten sein könne.

(2) Französische Interpretation: Für das Internationale Strafrecht gelte die allgemeine Regel nicht. Vielmehr bestehe ein völkerrechtlicher Grundsatz, der es den Staaten verbiete, ihre Strafgesetze auf Geschehnisse außerhalb ihres Staatsgebiets auszudehnen. Dieser Grundsatz werde durch Ausnahmen durchbrochen, die aber auf einem besonderen völkerrechtlichen Titel wie der Personalhoheit oder dem Recht zur Selbsterhaltung des Staates beruhten.

---

1) S.19. Dabei ist zu beachten, daß das Gericht sich nicht etwa mit der Pflicht zur Anwendung fremden Rechts, sondern nur mit der Frage der Ausdehnung der Jurisdiktion und des materiellen Strafrechts, also nur mit dem Grenzrecht befaßt.

2) S.20

3) S.21 f.

Es komme also entscheidend darauf an, ob das Völkerrecht den Grundsatz der Territorialität des Strafrechts kenne, d.h., das Verbot, die Grenznormen des nationalen Strafrechts so zu fassen, daß ihre Strafdrohungen auch Vorgänge außerhalb des Staatsgebiets regeln.

iii) Dritte Argumentationsstufe:

Der Gerichtshof überprüft jetzt die Existenz von drei Völkerrechtssätzen, auf die sich Frankreich beruft:

- (1) Ein Staat sei nicht berechtigt, Straftaten eines Ausländers um deswillen zu verfolgen, weil der Geschädigte sein Staatsangehöriger sei;
- (2) ein Staat sei nicht berechtigt, Straftaten zu verfolgen, die an Bord eines unter fremder Flagge fahrenden Schiffes auf hoher See begangen worden seien;
- (3) Grundsatz (2) gelte jedenfalls bei Schiffsunfällen[1].

Ad (1):

Der Gerichtshof prüft die Existenz des behaupteten Völkerrechtssatzes nicht. Das sei nicht nötig, denn es gebe auf jeden Fall keinen Rechtssatz, der es einem Staat verbiete, Straftaten zu verfolgen, deren Erfolg auf seinem Staatsgebiet eingetreten sei. Diese Art der Anknüpfung werde praktiziert, es sei kein Fall bekannt, daß ein Staat dagegen protestiert habe. Das gesunkene türkische Schiff werde aber nach dem Grundsatz des "territoire flottant" dem Staatsgebiet der Türkei gleichgestellt[2].

Ad (2):

Der Gerichtshof stellt fest, daß es keine Präzedenzfälle gebe, nach denen das territoire flottant anders behandelt werden müsse als das normale Staatsgebiet; daß also kein Satz des Völkerrechts es einem Staat verbiete, an den Erfolg anzuknüpfen, der auf seinem Gebiet oder seinem territoire flottant eingetreten sei, wenn die Handlung auf einem unter fremder Flagge fahrenden Schiff vorgenommen worden sei. Diese Feststellung werde noch durch Fälle

---

1) S.20 f.

2) S.21 ff.

erhärtet, aus denen sich ergebe, daß auch in anderem Zusammenhang die ausschließliche Jurisdiktion des Flaggenstaates nicht anerkannt werde[1].

Ad (3):
Allein daraus, daß bei Schiffszusammenstößen andere Staaten als der Flaggenstaat die Strafjurisdiktion nur in seltenen Fällen in Anspruch genommen hätten, lasse sich noch kein völkerrechtliches Verbot gewinnen, weil nicht nachgewiesen sei, daß diese Zurückhaltung opinione juris erfolgt sei[2] und weil es gegenteilige Präzedenzfälle gebe, die zu keinem Protest des Flaggenstaates geführt hätten[3].

Damit mußte das Urteil gegen Frankreich ausfallen[4].

2. Aus dem Lotus-Fall lassen sich für das Verhältnis von Völkerrecht und Souveränität zwei wichtige Erkenntnisse gewinnen:

a) Auszugehen ist von der grundsätzlichen Handlungsfreiheit der Staaten und ein Satz des Völkerrechts zu suchen, der diese Handlungsfreiheit beschränkt.

b) Die vom Völkerrecht nicht beschränkte Handlungsfreiheit ist die Souveränität.

Beide Thesen lassen sich in der weiteren Rechtsprechung des StIGH und IGH verfolgen.

---

1) S.23 ff.

2) Das einschlägige Diktum ist oben, S. 309, Fn. 1 im Wortlaut zitiert.

3) S.27 ff.

4) Das Urteil wurde mit Stimmgleichheit durch die ausschlaggebende Stimme des Präsidenten gefällt. Eine Analyse der Sondervoten ergibt aber, daß Richter M o o r e der Mehrheit im Grundsatz zustimmte und auf Grund der Präjudizien der Ansicht war, es gebe keinen Satz des Völkerrechts, der es einem Staat verbiete, die Versenkung seiner Schiffe auf hoher See strafrechtlich zu verfolgen. M o o r e hält aber den das Schutzprinzip begründenden Art.6 des türkischen Strafgesetzbuches für völkerrechtswidrig. Da diese Frage nicht Gegenstand des Verfahrens war, betont Richter M o o r e ausdrücklich, daß er dem Urteil als solchem zustimme und daß es daher mit sieben zu fünf Stimmen zustande gekommen sei.

Ad a):

Den Grundsatz der Beziehung von Freiheit und Bindung im Falle des Gewohnheitsvölkerrechts hat der IGH im Asyl-Fall in prozessualer Formulierung so definiert[1]:

> "La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. Le Gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l'État octroyant l'asile et un devoir incombant à l'État territorial. Ceci découle de l'article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale 'comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit".

Welche Bedeutung das Gericht diesem Satz beimißt, zeigt sich daran, daß es ihn im Urteil über die Rechte der amerikanischen Staatsangehörigen in Marokko wörtlich wiederholt[2].

Hinter der Beweislastregel steht die Aussage, daß die Vermutung für die Freiheit der Staaten spricht und gegen die Bindung durch Gewohnheitsvölkerrecht[3].

Anders ist die Rechtslage, wenn ein Staat für sich eine Ausnahme von einer anerkannten Norm des Völkerrechts beansprucht. So stellte der StIGH im Chrozow-Fall fest, daß die Polen eingeräumte Ermächtigung zur Enteignung deutschen Vermögens eng auszulegen sei, weil sie eine Ausnahme von dem völker-

---

1) C.I.J., Recueil 1950, S.276.

2) I.C.J., Reports 1952, S.199.

3) Darüber hinaus gilt noch: "... dans le doute, une limitation de la souveraineté doit être interprétée restrictivement ..." (StIGH im Freizonen-Fall, C.P.J.I., Sér. A No.24, S.12).
Dagegen wendet sich D a h m (Bd.I, S.160 f.) mit der Begründung, diese Regel sei mit dem heutigen Stand des Völkerrechts nicht mehr zu vereinbaren. Das dürfte aber nur innerhalb der organisierten Gemeinschaften der OVN und etwa der europäischen Organisationen gelten, nicht für den allgemeinen Bereich des Völkerrechts.

rechtlichen Grundsatz des Schutzes der wohlerworbenen Rechte sei[1].

Ad b):

Der Schiedsrichter im Palmas-Fall[2], Max H u b e r , unternahm den Versuch die Souveränität zu definieren[3]:

> "... sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State."

StIGH und IGH haben sich nicht die Mühe gemacht, den Begriff der Souveränität näher zu bestimmen. Sie verwenden ihn aber häufig, und aus der Verwendung kann man den Begriff weniger Definieren als nach seiner Funktion umschreiben: (1) Souverän ist ein Staat, soweit ihm nicht ein Satz des Völkerrechts, sei es Vertrag, Gewohnheit oder Allgemeiner Rechtsgrundsatz eine Pflicht auferlegt. Daher ist jeder Staat in verschiedener Weise souverän, da der Umfang der Bindungen für jeden Staat verschieden groß ist. Es ist aber gerade ein Attribut der Souveränität, sich völkerrechtlich verpflichten zu können[4].

---

1) C.P.J.I., Sér. A No.7, S.22: "... il n'est guère douteux que l'expropriation admise par ... la Convention est une dérogation aux règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers et au principe du respect des droit acquis. Comme cette dérogation a elle-même un caractère strictement exceptionnel, il est permis d'en conclure qu'aucune autre extention n'est permise. Toute atteinte aux biens, droits et intérêts de ressortissants allemands visés par ... la Convention, qui n'est pas justifiée par un titre spécial primant la Convention et qui dépasse les limites du droit international commun, est donc incompatible avec le régime établi par la Convention."

2) Daten: S t u y t , No.366, Schiedsspruch: R.I.A.A. (Bd.2), S.829 ff.

3) AaO., S.839.

4) So der StIGH im Wimbledon Fall, C.P.J.I., Sér. A No.1, S.25: "... la faculté de contracter des engagements internationaux est précisement un attribut de la souveraineté de l'État."

(2) Die Souveränität ist mehr als nur ein Recht, sie ist ein Status[1], aus dem sich eine ganze Reihe von einzelnen Rechten ableiten läßt, ohne daß eine erschöpfende Bestimmung dieser Einzelbefugnisse von vornherein möglich wäre[2]. Diese Rechte können auch übertragen werden, ohne daß der übertragende Staat damit seine Souveränität verliert[3]; sie fallen mit Ablauf des die Übertragung begründenden Rechtsverhältnisses wieder an ihn zurück.

(3) Ein Aspekt der Souveränität ist das Recht, andere Staaten von einem bestimmten Teil der Erdoberfläche auszuschließen. Dieser Aspekt entspricht der Funktion, die das Staatsgebiet für den modernen Flächenstaat erlangt hat.

---

1) O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , Bd.I, S.286, § 123; S e r e n i , Bd.II, S.285: "La sovranità ... non è concepibile come un diritto di un soggetto di diritto internazionale ma ... come uno stato giuridico che gli altri soggetti devono rispettare."

2) Instruktiv dazu das Urteil des StIGH über die Auslegung des Memelstatuts vom 11.8.1932 (C.P.J.I., Sér. A/B No. 49). Das Gericht vergleicht hier die Autonomie des Memelgebietes mit der Souveränität Litauens: (S.313 f.) "Tandis que la Lithuanie devait avoir la jouissance de toute sa souveraineté sur le territoire cédé, sauf les limitations apportées à l'exercice de cette souveraineté, l'autonomie de Memel ne devait se mouvoir que dans les limites ainsi fixées et spécifiées.
Il s'ensuit que les pouvoirs souverains de la Lithuanie et les pouvoirs autonomes de Memel sont d'un ordre fort différent, en ce sens que l'exercice de ces dernier exige l'existence d'une règle juridique qui ne peut pas être tirée du silence de l'acte dont l'autonomie tire sa source, ni d'une interprétation ayant en vue d'élargir l'autonomie en impiétant sur le fonctionnement du pouvoir souverain."

3) Im Rechtsstreit über die Leuchttürme von Kreta und Samos (C.P.J.I., Sér. A/B No.71, arrêt v. 8.8.1937) mußte sich der StIGH mit der Frage befassen, wann die Souveränität über die beiden Inseln vom Osmanischen Reich auf Griechenland übergegangen ist. Er stellte fest, daß die beiden Inseln vor 1913 zwar weitgehend autonom waren, die noch fortbestehende formale Bindung an den Sultan aber diesem die Souveränität beließ. Damit wies er das Argument Griechenlands zurück, die Gewährung der Autonomie habe die Rechtsstellung des Sultans in bezug auf die Inseln so ausgehöhlt, daß diese nicht mehr als Souveränität bezeichnet werden könne.

II. Die Souveränität im System des Völkerrechts

1. Die Souveränität ist nicht eine jedem Völkerrechtssubjekt innewohnende Eigenschaft, sondern eine besondere Eigenschaft des Völkerrechtssubjekts Staat. Andererseits gehört sie nicht zu den Merkmalen des Staatsbegriffs, denn die Staatslehre bezeichnet als Staat auch Gebilde, die nicht im modernen Sinne souverän sind[1]. Vielmehr ist die Souveränität eine differentia specifica des Staatsbegriffs. Für das Völkerrecht ist aber allein interessant, daß nur die souveränen Staaten als Völkerrechtssubjekte anzusehen sind[2], andere Staaten aber allenfalls partielle Völkerrechtssubjektivität erlangen können[3].

2. Die Aufgabe gewisser, dem Status der Souveränität entfließender Rechte berührt nicht die Souveränität als solche. Daher wird die Souveränität auch nicht durch die eingegangenen Vertragspflichten eines Staates[4] noch durch den Beitritt zu einer internationalen Organisation aufgehoben, auch dann nicht, wenn der Staat sich damit dem Vetorecht oder einer Mehrheitsentscheidung unterwirft[5]. Die Souveränität eines Staates wird aber dadurch in Frage gestellt, daß er Hoheitsrechte auf einen anderen Staat überträgt. Erreicht diese Übertragung ein bestimmtes Maß, so verliert ein Staat seine Souveränität[6].

---

1) J e l l i n e k , Allgemeine Staatslehre, S.486 ff.

2) V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.191ff.

3) V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.195ff.

4) Andererseits kann sich ein Staat auch nicht gegenüber seinen völkerrechtlichen Pflichten auf seine Souveränität berufen, s. dazu den StIGH im Wimbledon-Fall (C.P. J.I., Sér. A No.1, S.23).
Ein Staat kann sich sogar völkerrechtlich verpflichten, seine Souveränität nicht auf einen bestimmten anderen Staat zu übertragen, so z.B. Österreich im Friedensvertrag von St.Germain (s. dazu das Gutachten des StIGH im Falle der deutsch-österreichischen Zollunion, C.P.J. I., Sér. A/B No.41) und wiederum im Staatsvertrag vom 15.5.1955, Art.4 (österr. BGBl. 1955, S.726 ff.).

5) Zum Verhältnis von Souveränität und Satzung der OVN s. insbesondere G u n s t , aaO., S.98 ff.

6) Er wird damit zum Protektorat, vgl. dazu K i r c h s c h l ä g e r , WVR II, S.808 ff.

3. Souveränität im Sinne des Völkerrechts ist also ein vom Völkerrecht gezogener Leerraum, der Bereich nämlich, in dem ein konkreter Staat nicht völkerrechtlich zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen verpflichtet ist, in dem also jedes Handeln und Unterlassen in gleicher Weise als völkerrechtsgemäß zu werten ist[1].

Daraus folgt, daß jeder Staat in verschiedener Weise souverän ist, da die völkerrechtlichen Pflichten, insbesondere die Vertragspflichten für jeden Staat verschieden weit gezogen sind. Weiterhin wird der allgemeine Umfang der Souveränität von der Zwischenabhängigkeit der Staaten[2] und damit von der jeweiligen historischen Situation bestimmt.

Aus diesem Status lassen sich eine Reihe von Berechtigungen ableiten, Aspekte der Souveränität, von denen sie bestimmte charakteristische Züge empfängt, durch die sich die Stellung der Staaten zum Völkerrecht von der der anderen Völkerrechtssubjekte unterscheidet. Diese Aspekte der Souveränität hängen mit den Konstitutionsprinzipien des Völkerrechts als einer Rechtsordnung zwischen gleichrangigen Staaten zusammen[3], oder mit dem Wesen des modernen Staates selbst als einer sozialen Organisation, die auf einem bestimmten Gebiet der Erdoberfläche, bestimmte ihr dauernd und von anderen Staaten anerkannt, zugerechnete Menschen

---

1) Ob man in diesem Zusammenhang von einer vom Völkerrecht verliehenen Kompetenz sprechen will, ist letztlich eine Frage des terminologischen Geschmacks. C a v a r é , Le Droit international positif (Bd.I, S.158) bezeichnet als compétence in diesem Sinne: "Un pouvoir légal d'exercer une activité juridique". Damit ist aber nichts anderes ausgesagt, als daß das hoheitliche Handeln der Staaten dem Urteil nach Völkerrecht als rechtmäßig oder rechtswidrig unterliegt.
Die Aussage: Der Staat X handelte in einem Fall kompetenzwidrig, und die Aussage: Der Staat X hat in einem Falle die Grenzen seiner Souveränität überschritten, bedeuten das gleiche.

2) Zum gegenwärtigen Stand der Zwischenabhängigkeit s. Z e m a n e k , WVR III, S.896 f.

3) Das meint die Formulierung des Art.2 No.1 der Satzung der OVN: "L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres".

zusammenfaßt und ihre Beziehungen ordnet[1].

Daraus ergeben sich Aspekte der Souveränität:

- die Unabhängigkeit als der äußere Aspekt, als Freiheit, die Beziehungen zu anderen Staaten nach Belieben zu gestalten[2];
- die Freiheit nach innen, als unbeeinträchtigte Herrschaft über das Staatsgebiet, das Staatsvolk und die freiheit der inneren Organisation des Staates[3].

---

1) S e r e n i , Diritto internazionale (Bd.II) S.278, definiert den Staat im Sinne des Völkerrechts als "un ente sociale che partecipa alle relazioni internazionali e che presenta innanzi tutto le seguenti caratteristiche fondamentali:
- esistenza di un'organizzazione,
- esercizio da parte di questa di una potestà d'imperio a carattere territoriale,
- esercizio da parte di questa di una potestà d'imperio sopra un gruppo di individui,
- carattere sovrano dell'organizzazione medesima.

2) Vgl. dazu die Definitionen der Souveränität von G u n s t (aaO., S.104): "Souveränität bedeutet Gleichheit vor dem Völkerrecht und zwar für diejenigen Rechtssubjekte, denen das Völkerrecht eine ausschließliche Kompetenz über einen bestimmten Teil der Erdoberfläche eingeräumt hat, das sind die mit innerer Souveränität begabten Völkerrechtssubjekte." und S e r e n i (aaO., S.282): "non sottoposto al potere di un altro Stato nell'esercizio delle sue relazioni internazionali e delle attività d'imperio relative al territorio ad ai sudditi, per virtù propria e non per delegazione.

3) Nach S e r e n i , aaO., S.283 hat die Souveränität folgende Aspekte:
(1) Sovranità esterna = indipendenza:
  (a) libertà di procedere ad una valutazione autonoma delle situazioni concernenti lo Stato,
  (b) quella di prendere le decisioni che esso ritiene più opportune e di dar attuazione ad esse mendiante organi propri.
(2) Sovranità o giurisdizione interna:
  (a) sovranità territoriale
  (b) sovranità personale
  (c) libertà di organizzazione.

Für den hier zu untersuchenden Kreis von Problemen ergibt sich daraus ein wichtiger Gesichtspunkt: Eine Gemeinschaft die die Organe einer anderen Gemeinschaft durch Rechtsanwendungsbefehl verpflichten kann, ist dieser letzteren Gemeinschaft übergeordnet[1]. Das Kriterium der Gleichordnung muß also gerade sein, daß eine solche Verpflichtung nicht besteht. Konkret folgt daraus: Aus der im Völkerrecht begründeten rechtlichen Gleichheit der Staaten, ihrer "égalité souveraine" ergibt sich, daß grundsätzlich kein Staat die Organe eines anderen durch Rechtsanwendungsbefehle verpflichten kann.

4. Da die Staaten unter der Rechtsordnung des Völkerrechts als gleichberechtigt nebeneinander bestehen, kann diese Souveränität nicht unbeschränkt sein, sie kann sich nicht über das Völkerrecht erheben. Sie ist vielmehr durch die Pflicht, auf die anderen Staaten Rücksicht zu nehmen, begrenzt. Die Pflicht bedarf aber der Konkretisierung. An dieser Stelle erfüllt die Lehre von den sog. Grundrechten der Staaten eine dogmatische Position, indem sie versucht die vom Völkerrecht geschützten Rechtspositionen der Staaten zu bestimmen, die von den anderen respektiert werden müssen[2]. Bei diesen Grundrechten handelt es sich nicht um Rechtsphänomene, die den innerstaatlichen Grundrechten vergleichbar sind, richten sie sich doch nicht gegen eine übergeordnete Hoheitsgewalt, sondern gegen den gleichgeordneten Rechtsgenossen; sie bezeichnen Gruppen von Rechtssätzen, die dem Zweck dienen, ein bestimmtes völkerrechtliches absolutes subjektives Recht eines Staates zu schützen.

a) Das Recht auf Existenz[3] eines Staates gibt bereits ein dogmatisches Warnungsschild, aus der Position selbst allzu weitgehende Folgerungen abzuleiten. Solange das Völkerrecht nämlich kein allgemeines Kriegsverbot entwickelt, ist die

---

1) S. dazu oben S. 45ff.

2) Vgl. dazu V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k, S.225 ff., S c u p i n , WVR III, S.723 ff., D a h m I., S.141 ff., S e r e n i , Bd.III, S.1231 ff.

3) S c u p i n , aaO., sieht dieses Recht als Muttergrundrecht an. Ablehnend dazu: V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.326 f. Näheres bei S e r e n i , aaO., S.1239 ff.

Existenz eines Staates nicht gegen die Vernichtung durch kriegerische Besetzung und Annexion gesichert[1]. Aus dem Grundrecht selbst bereits diesen Schluß zu ziehen wäre also unberechtigt. Vielmehr verhält es sich insoweit mit dem Schutz der Existenz eines Staates im Völkerrecht ähnlich wie mit dem Schutz der Existenz eines Unternehmens im Innerstaatlichen Wettbewerbsrecht: Es darf im Wege der Konkurrenz vernichtet werden, aber nur in den vom Recht zugelassenen Formen[2]. Für den hier interessierenden Fragenkreis läßt sich aber aus dem Recht auf Existenz nichts gewinnen.

b) Das Grundrecht auf Achtung der Unabhängigkeit ist ein Prinzip, das hinter einer ganzen Reihe von Einzelpflichten des Gewohnheitsvölkerrechts steht. So trägt es vor allem die Sätze über die Staatenimmunität[3] [4].

Damit ist aber sein Bereich noch nicht erschöpft. Zwei weitere Begriffe tauchen hier auf, die der näheren Darstellung bedürfen: Der Domaine réservé und das Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates.

Beide Begriffe müssen eingehender dargestellt werden und die Beziehung zwischen ihnen bedarf einer genaueren Erörterung.

---

1) S. zu diesem Problemkreis insbesondere Frhr. v. d. H e y d t e , Völkerrecht Bd.II, S.101 ff.

2) Nach deutschem Wettbewerbsrecht ist z.B. jede Wettbewerbshandlung erlaubt, die dem Leistungswettbewerb entspricht, mag sie auch zur Schädigung oder Vernichtung des Konkurrenten führen, vgl. dazu H u b m a n n , Gewerblicher Rechtsschutz, S.241 ff.

3) V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.229 ff.

4) Eine Darstellung der weiteren Grundrechte muß hier unterbleiben. Sie würde zum Thema der vorzunehmenden Untersuchung zu wenig Bezüge haben.

III. Der Domaine réservé

1. Der Begriff des Domaine réservé (compétence nationale[1], compétence exclusive[2], domestic jurisdiction[3], Staatliche Zuständigkeit[4], Vorbehaltener Hoheitsbereich[5]) gehört zu den schillerndsten und unbestimmtesten des Völkerrechts.

a) Art.15 § 8 des Völkerbundsvertrags bestimmte, daß die Versammlung keine Resolutionen über Gegenstände beschließen könne, "que le droit international laisse à la compétence exclusive" des beteiligten Staates. Hier wurde also auf das allgemeine Völkerrecht verwiesen. Obwohl die Bestimmung die Funktion hatte, die Zuständigkeit des Völkerbundsrates zu beschränken, gingen die Schöpfer des Vertrags offensichtlich davon aus, daß es bereits vor dem Völkerbund Rechtssätze des Gewohnheitsvölkerrechts gegeben haben müsse, die einen bestimmten Bereich staatlichen Handelns schützten.

Der Rechtsstreit zwischen Frankreich und England über die Staatsangehörigkeitsdekrete der französischen Protektorate führte dazu, daß sich Frankreich auf Art.15 § 8 berief, um die Zuständigkeit des Rates auszuschließen. Dieser bat den StIGH um ein Gutachten[6].
Das Gericht stellte fest, daß der Begriff: compétence exclusive in einem weiteren und einem engeren Sinne verstanden werden könne, nämlich[7]:

> "... on pourrait bien dire que la compétence d'un État est exclusive dans les limites tracées par le droit international, ce terme, pris dans son sens large, comprenant à la fois le droit coutumier et le droit conventionnel général ou particulier."

---

1) So die Formulierung in Art.2 § 7 SVN.

2) Art.15 § 8 des Völkerbundsvertrags.

3) So der englische Text des Art.2 § 7 SVN wie des Art.15 § 8 des Völkerbundsvertrags.

4) So die Formulierung von M o s l e r und B r ä u t i g a m , WVR III, S.317 ff.

5) So D a h m I , S.210 ff.

6) C.P.J.I., Sér. B No.4.

7) S.23.

In diesem Sinne würde sich also die compétence exclusive mit dem oben bestimmten Begriff der Souveränität decken. Das Gericht ist aber überzeugt, daß dieser Begriff in Art.15 § 8 nicht gemeint sein könne[1]:

> "Les mots 'compétence exclusive' semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un État, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque État est seul maître de ses décisions."

Damit stellt sich die Frage, welche Materien nun in diesen Bereich fallen. Darauf gibt das Gericht aber eine ausweichende Antwort[2]:

> "La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusiv d'un État est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé."

Das Gericht stellt dann weiter fest, daß im konkreten Fall aber die Besonderheiten des Protektoratsverhältnisses und bestimmte Verträge zu einer Beschränkung der Entscheidungsfreiheit Frankreichs führen könnten. Diese Möglichkeit genüge, um die Zuständigkeit des Rates zu begründen.

b) Die Formulierung der Satzung der OVN erweitert den vorbehaltenen Bereich durch die Veränderung des Begriffs von compétence exclusive zu compétence nationale (engl. Text von solely within the domestic jurisdiction zu essentially within the domestic jurisdiction). Die Zuständigkeitsbegrenzung ist in der Praxis der OVN sehr umstritten[3].

---

1) S.23 f.

2) S.24.

3) Das Institut de Droit international befaßte sich zweimal mit dem domaine réservé:
S. dazu die Resolution von Oslo vom 22.8.1932 (TGR S.2 f.) und die Resolution von Aix-en-Provence vom 29.4.1954 TRG S.3 f.). In beiden Fällen interessierte sich die Kommission ausschließlich für die Frage der Abgrenzung des domaine réservé gegenüber den internationalen Organisationen. Auch der rapport von Charles R o u s s e a u

c) Die Berufung auf den Domaine réservé dient auch dazu, die Zuständigkeit des IGH zu begrenzen. Zwar ist der IGH als Organ der OVN an sich schon den Schranken des Art.2 § 7 SVN unterworfen[1]. Das genügte aber einigen Staaten noch nicht, so daß sie die Fakultativklausel des Art.36 nur unter dem Vorbehalt des Domaine réservé annahmen, und dies wiederum unter dem Vorbehalt, den Umfang des Domaine réservé selbst bestimmen zu wollen[2].

2. Dieser Bereich überschreitet aber den Rahmen der hier zu untersuchenden Probleme. Vielmehr interessiert, ob der Domaine réservé auch außerhalb der OVN, also im Bereich des allgemeinen Völkerrechts eine Funktion zu erfüllen hat. Die allgemein gehaltene Formulierung des StIGH im Falle der marokkanisch-tunesischen Staatsangehörigkeitsdekrete deutet an, daß das Gericht dieser Ansicht ist. Sie wird auch in der Völkerrechtslehre geteilt[3].

a) Überprüft man aber die Sachgebiete, die zum Domaine réservé gezählt werden so zeigt sich[4]:

(rapport provisoire: Annuaire Bd.43 I, S.5 ff., rapport définitif: Annuaire Bd.44 I, S.137 ff.) befaßt sich nur mit Art.2 § 7 SVN. Ein umfassender Überblick über die Praxis der OVN findet sich im "Repertory of Practice of United Nations Organs", Bd.I, S.59 ff. und Supplement, Bd.II, S.28 ff.

1) D a h m II, S.502.

2) So die USA, s. dazu B r i g g s , RdC Bd.93 (1958 I) S.328 f. Die Frage, ob dieser doppelte Vorbehalt rechtswirksam ist, wurde vor dem IGH im Interhandel-Streit zwischen der Schweiz und den USA aufgeworfen. L a u t e r p a c h t hat sie in seinem Sondervotum zur ordonnance vom 24.10.1957 (C.I.J., Recueil 1957, S.117 ff.) verneint (wie L a u t e r p a c h t auch S c h l o c h a u e r , WVR II, S.103 f.). Im Urteil vom 21.3.1959 (C.I.J., Recueil 1959) konnte der Gerichtshof die Frage noch offen lassen.

3) So B a s d e v a n t (Annuaire de l'institut de Droit international Bd.43 I, S.22 ff.) und H a m b r o , (aaO., Bd.44 I, S.164 ff.), M o s l e r und B r ä u t i g a m , WVR III, S.317 ff. und D a h m I, S.210 ff., S e r e n i III, S.1245 ff.

4) Die Aufzählung entspricht der von M o s l e r und B r ä u t i g a m , WVR III, S.320.

(1) Die Gestaltung der Staatsverfassung gehört zum Bereich der staatlichen Organisation; damit zur Gebietshoheit;
(2) die Bestimmung des eigenen Staatsvolkes durch Gewährung der Staatsangehörigkeit ist ein wesentlicher Teil der Personalhoheit;
(3) Organisation der Rechtspflege, Wirtschaftsordnung und öffentliche Abgaben gehören ebenfalls zur Gebietshoheit, im Falle der Abgaben kann bei Besteuerung von Ausländern auch die Personalhoheit eingreifen;
(4) Privatrecht und Wirtschaftsrecht sind Annexe dieser Bereiche.

b) Die sich hier abzeichnende Verbindung des Domaine réservé mit den Staatsessentialien: Staatsgebiet und Staatsvolk wurde im Nottebohm-Fall deutlich[1]: Der IGH mußte sich mit der Frage befassen, ob die Nottebohm verliehene liechtensteinische Staatsangehörigkeit das Fürstentum zur diplomatischen Protektion gegenüber Guatemala legitimiert. Liechtenstein berief sich darauf, daß die Verleihung der Staatsangehörigkeit zum Domaine réservé gehört. Das Gericht stellte fest[2]:

"La naturalisation de Nottebohm est un acte accompli par le Liechtenstein dans l'exercice de sa compétence nationale. Il s'agit de déterminer si cet acte produit l'effet international ici considéré.

Or la pratique internationale fournit maints exemples d'actes accomplis par un État dans l'exercice de sa compétence nationale qui n'ont pas de plein droit effet international, qui ne s'imposent de plein droit aux autres ou qui ne s'imposent à eux que sous certaines conditions: c'est le cas par exemple, d'un jugement rendu par le tribunal compétent d'un État et que l'on cherche à invoquer dans un autre État."

An diesem Beispiel geht die Funktion des Domaine réservé klar hervor: Er bezeichnet den Bereich der Sachverhalte, über die ein Staat nach dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechts nur selbst eine verbindliche Entscheidung treffen kann. So könnte eben die BRD nicht mit für Frankreich ver-

---

1) Affaire Nottebohm, Exception préliminaire, Arrêt, nov. 18 1953, Recueil 1953, S.111ff., Deuxième phase, Arrêt, avril 1955, Recueil 1955, p.4.

2) Recueil 1955, S.20 f.

bindlicher Wirkung bestimmen, ob ein Mensch die französische Staatsangehörigkeit hat. Ebenso gehört z.B. zum Domaine réservé die Aufhebung von Urteilen und anderen Hoheitsakten im Wege des Rechtsbehelfs.
Man kann hier von einem rechtsnotwendig, völkerrechtsnotwendig einem einzelnen Staat zugewiesenen Bereich sprechen. Aber die daraus zu ziehenden Folgerungen lassen sich nicht mehr aus dem Begriff des Domaine réservé gewinnen, sondern müssen für die einzelne Materie gesondert ermittelt werden[1]. So kann zwar die BRD nicht die französische Staatsangehörigkeit verleihen, aber sie kann eine fiktive Staatsangehörigkeit begründen[2] und sie ist nicht in jedem Fall verpflichtet, auf Grund der französischen Staatsangehörigkeit auch das Recht Frankreichs zur diplomatischen Protektion anzuerkennen. Die BRD kann kein französisches Urteil aufheben lassen, aber daraus folgt nicht, daß sie dieses Urteil anerkennen muß.

Der Begriff des Domaine réservé erfüllt also eine eigenständige Funktion[3], er ist auch für die hier interessierenden Fragen von Bedeutung: Wo der Domaine réservé eine Rolle spielt, kann eine zwingende Verweisung auf fremdes Recht gegeben sein. Wo die Staatsangehörigkeit einer Person in Frage steht und zwar die wirkliche, nicht etwa die fiktive, ist der Rechtsanwender zwingend auf das fremde Staatsangehörigkeitsrecht zu verweisen. Ähnliches gilt, wenn er ermitteln muß, ob ein bestimmtes ausländisches Urteil formell rechtskräftig ist.

---

1) So K a i s e r auf der Tagung der dt. Gesellschaft für Völkerrecht in Würzburg, 1965, Leitsatz II, 4 und 5; III, 8 und 9.

2) Vgl. dazu M a k a r o v , Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, S.60 ff. mit Beispielen und weiteren Nachweisen.

3) Ablehnend S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Straftaten in Flugzeugen, S.20, Fn.5. Das hängt aber damit zusammen, daß er von einer vorgegebenen Aufteilung der Materien zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht ausgeht.

IV. Der Begriff der Einmischung in die inneren Angelegenheiten

1. Dieser Begriff entspricht dem der Intervention[1]. Er ist der Funktion nach der Korrelatbegriff der völkerrechtlich geschützten Rechtsposition eines Staates[2]. Wo ein Staat oder eine Internationale Organisation in einen solchen Bereich eingreift, ohne daß sie dazu ausdrücklich ermächtigt ist, begeht sie eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten dieses Staates und damit ein völkerrechtliches Delikt. Daraus folgt aber, daß der Bereich des Interventionsverbotes von dem geschützten Gut abhängig ist, das durch die Einmischung verletzt sein kann.

2. Das Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten ist im ganzen ebensowenig bestimmt, wie der Bereich des Domaine réservé.

a) Gesicherter Boden befindet sich dort, wo die Vornahme von Hoheitsakten auf fremdes Staatsgebiet oder gar der gewaltsame Einfall in dieses in Frage steht. Dieses Verbot gehört zu den grundlegenden Verfassungsprinzipien der Völkerrechtsordnung[3]. Im Korfu-Kanal-Fall wies der IGH das von England behauptete Interventionsrecht mit den schärfsten Worten zurück[4].

b) Darüber hinaus wird man aber weniger feste Grenzen finden, hat doch der Interventionsbegriff heute eher die Funktion eines politischen Kampfbegriffs angenommen[5].

---

1) Vgl. dazu D a h m I , S.201 ff. und H a e d r i c h , WVR II, S.144 ff. und 147 ff.

2) So K a i s e r vor der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, auf der Tagung in Würzburg, Leitsatz Nr.6.

3) Vgl. dazu das Diktum des StIGH im Lotus-Fall, oben S.336, Fn.2.
Im Korfu-Kanal-Fall stellte der StGH fest: "Entre États indépendants le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux." (C.I.J., Recueil 1949, S.35).

4) AaO., S.35.

5) So heute in der sowjetischen Völkerrechtslehre, vgl. dazu das Lehrbuch: "Völkerrecht" der Akademie der Wissenschaften der UdSSR, S.109 ff.

i) Sicher liegt dort keine Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines Staates vor, wo ein anderer Staat eine Verletzung seiner Gebietshoheit oder seiner Personalhoheit durch diplomatische Protektion geltend macht. Umgekehrt könnte aber ein Staat die Intervention eines anderen Staates, die im Interesse der Gebiets- oder Personalhoheit eines dritten Staates erfolgt, als unzulässige Einmischung zurückweisen, soweit nicht ein besonderer völkerrechtlicher Titel vorliegt[1].

ii) Daß die Nichtanwendung fremden Rechts, die Nichtanerkennung fremder Urteile und Hoheitsakte keine Einmischung darstellen kann, zeigt schon ein flüchtiger Blick auf die Staatenpraxis. Allenfalls könnte sich auf Teilbereichen eine allgemeine Regel entwickelt haben.

iii) Eine weitere, ebenfalls a priori nicht zu beantwortende Frage ist die, ob die Regelung von Sachverhalten auf fremdem Staatsgebiet, die Adressierung von Rechtsbefehlen an Ausländer eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates darstellen kann.

Diese Frage hängt aber wiederum mit einer weiteren zusammen: Den Beziehungen von Souveränität und Gebiets- wie Personalhoheit.

---

1) Für solche besonderen Titel ist ein historisches Beispiel das Protektionsrecht des russischen Zaren über die orthodoxen Untertanen des türkischen Reiches, s. dazu N u s s b a u m , Geschichte des Völkerrechts, S.136 f.

V. Souveränität, Gebietshoheit, Personalhoheit

1. Aus den bisherigen Überlegungen ergibt sich, daß aus den Positionen der Gebiets- und Personalhoheit allein Völkerrechtsnormen nicht mit der nötigen Genauigkeit abgeleitet werden können, daß aber andererseits der Schutz dieser Positionen das Prinzip ist, das hinter einer Reihe von Normen steht. Nicht beantwortet ist damit aber das Grundproblem des Lotus-Falls, das sich in folgender Fragestellung zusammenfassen läßt:

> Sind Personalhoheit und Territorialhoheit vom Völkerrecht verliehene Rechtstitel mit der Wirkung, daß eine Ausdehnung des Feldes von Rechtsnormen über diesen Bereich hinaus grundsätzlich völkerrechtswidrig ist?

Wäre diese Frage bejahend zu beantworten[1], so könnten sich präzise völkerrechtliche Grenzen des Umfanges der staatlichen Normen und damit allgemein des Internationalen Privatrechts ergeben, ein System, wie es Ernst Zitelmann dargestellt hat[2].

2. Einer schlechterdings bejahenden Antwort steht aber bereits die Überlegung entgegen, daß sich ja die Rechtstitel der Gebiets- und Personalhoheit überschneiden müßten. Also müßte für diese Überschneidung das Völkerrecht eine Lösung gefunden haben. Schon das Nebeneinanderbestehen von Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip, die beide nicht als völkerrechtswidrig bestritten werden, zeigt, daß zumindest auf einigen Bereichen des Internationalen Privatrechts diese Abgrenzung vom Völkerrecht nicht durchgeführt wird.

---

1) So die Minderheit im Lotus-Fall, die Richter Loder (aaO., S.35), Weiss (S.45 f., unter Berufung auf die Paroemie: "Extra territorium jus dicenti impune non paretur", D 2.1.20), Lord Finlay (S.59 ff.), Nyholm (S.63 ff.) und Altamira (S.103 ff.). Dieser Meinung folgen auch Viktor Bruns in seiner grundlegenden Abhandlung: "Völkerrecht als Rechtsordnung" (ZaörV Bd.1, S.1 ff.) und Schnorr von Carolsfeld, Straftaten in Flugzeugen, S.20 ff., Fn.7.

2) S. oben S.169.

3. Ein durchgreifendes Argument folgt aber aus einer anderen Überlegung: Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht entsteht dort, wo das Handeln eines Staates mit der verteidigten Position eines anderen Staates zusammenstößt. Wo keine von einem Staat verteidigte Position besteht, wie im Falle des Staatenlosen, kann sich auch keine Norm des Völkerrechts bilden, die Pflichten zwischen den Staaten schafft.

Das Handeln der Staaten bedarf nicht der Rechtfertigung durch das Völkerrecht, eines besonderen völkerrechtlichen Titels, vielmehr zieht das Völkerrecht der Handlungsfreiheit der Staaten lediglich eine Grenze[1].
Mit dieser Erkenntnis ist aber noch nicht festgestellt, daß es das Völkerrecht nicht in der Tat einem Staat verbietet, Rechtsbefehle an Ausländer außerhalb seines Staatsgebietes zu richten. Ein solcher Satz des Gewohnheitsvölkerrechts könnte im Interesse der fremden Personal- wie Gebietshoheit entstanden sein. Aber er muß nachgewiesen werden und zwar mit den Mitteln, mit denen allgemein ein Satz des Gewohnheitsvölkerrechts nachgewiesen wird, nämlich durch Feststellung der Staatenpraxis und der dahinter stehenden Rechtsüberzeugung. Dabei ist nicht auszuschließen, daß eine solche Regel nur auf Teilbereichen besteht.

---

1) Diesen Gegensatz überbrückt Q u a d r i , Diritto internazionale pubblico, S.526, wenn er den potestà di Governo zugleich als Recht des Ausschlusses anderer Staaten und als Rechtstitel für die eigenen Handlungen ansieht.
Wie hier: B a l l a d o r e P a l l i e r i , Diritto internazionale pubblico, S.424:
"Finchè non incontra limiti in norme internazionali, lo Stato è libero di agire riguardo ad individui o a cose. Questa libertà sussiste appunto perch-è ed in quanto manchino norme che la vietano, nè trova il suo fondamento in un particolare titolo, ad esempio quello di cittatinanza (tanto è vero che sussiste anche verso stranieri ed apolidi), nè dipende dalla potestà territoriale (tanto è vero, che può venire esercitata anche fuori del territorio dello Stato, ad esempio nei territori nullius). Il suo titolo è quello generico, che al sogetto è lecito fare ciò che non è vietato dal diritto."

Zusammenfassend läßt sich also feststellen:
(1) Souveränität der Staaten, als der vom Völkerrecht der freien Entscheidung der Staatsorgane überlassene Raum staatlichen Handelns berührt auch den Bereich des Grenz- und Rechtsanwendungsrechts. Aus der Souveränität eines Staates, genauer aus dem Aspekt der ausschließlichen Völkerrechtsunterworfenheit folgt, daß die von den Organen eines Staates erlassenen Rechtsnormen grundsätzlich keinen Rechtsanwendungsbefehl an die Organe eines anderen Staates enthalten.

(2) Die Souveränität eines Staates nach innen bewirkt, daß er zur Rechtssetzung wie zum Erlaß von Urteilen und anderen Hoheitsakten keines besonderen völkerrechtlichen Rechtstitels bedarf, einem Staat ist jede Handlung erlaubt, die nicht vom Völkerrecht verboten ist.

(3) Dieser Handlungsfreiheit setzt ein Komplex von Normen des Gewohnheitsvölkerrechts Grenzen, die den Zweck haben, die beiden Grundpositionen eines Staates, sein Staatsgebiet und sein Staatsvolk vor der Einmischung durch andere Staaten zu schützen.
Gesicherte Norm auf diesem Gebiet ist das Verbot der Vornahme von Hoheitsakten auf fremdem Staatsgebiet.
Wieweit aber auch ein Verbot der Regelung von Sachverhalten auf fremdem Staatsgebiet oder unter fremden Staatsangehörigen besteht, ist für den Einzelbereich zu untersuchen, ein allgemeines Prinzip läßt sich aus der Völkerrechtsnorm nicht ableiten.

(4) Der Bereich des Domaine réservé umfaßt dagegen alle Sachgebiete, die nach dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechts nur jeweils ein einzelner bestimmter Staat regeln kann. Die Zugehörigkeit einer Materie zu diesem Bereich allein begründet aber noch keine Pflicht anderer Staaten, eine derartige Regelung anzuerkennen.

§ 23

Nationales, internationales und transnationales Recht

I. Völkerrecht und staatliches Recht

1. Das Völkerrecht ist ein Komplex von Rechtsnormen, die sich auf bestimmte, von der Völkerrechtsgemeinschaft anerkannte Rechtsquellen zurückführen lassen. Diese Rechtsquellen sind eindeutig verschieden von denen, auf die sich die Rechtsnormen anderer Gemeinschaften gründen. Daraus ergibt sich, daß das Völkerrecht von anderen Rechtsordnungen eindeutig abgrenzbar ist.
Auch die Bestimmung der Rechtsnorm, die von den Organen der Völkerrechtsgemeinschaft angewendet werden, zeigt die bereits allgemein beobachtete charakteristische Dreiteilung[1]:

(1) Normen, die auf die anerkannten Rechtsquellen des Völkerrechts zurückgeführt werden können;
(2) Normen, die auf anderen Rechtsquellen beruhen, nämlich staatliches Recht[2];
(3) Normen, die zur konkreten Rechtsgestaltung ermächtigen, nämlich die Entscheidung ex aequo et bono.

2. Damit tritt das Völkerrecht dem staatlichen Recht als selbständige Rechtsordnung gegenüber. Also stellt sich die Frage nach der Beziehung der staatlichen Rechtsordnungen zum Völkerrecht.

a) Rechtsnormen treten dadurch zueinander in Beziehungen, daß die Normen der einen Rechtsordnung von den Organen der anderen angewendet werden. Allein dadurch entsteht aber noch kein hierarchisches Verhältnis. Eine Hierarchie der Gemeinschaften und damit der Rechtsordnungen liegt erst dann vor, wenn eine Gemeinschaft die Organe einer anderen durch ihren Rechtsanwendungsbefehl verpflichten kann.

---

1) S. oben S. 12 ff.
2) Näheres dazu bei G u g g e n h e i m , WVR III, S.660 ff.

Nach diesem Kriterium überprüft, zeigt das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht folgendes Bild:
Da der Rechtsanwendungsbefehl selbst ein Rechtssatz ist, muß er seinerseits auf eine von der Gemeinschaft anerkannte Rechtsquelle zurückgeführt werden können. Das bedeutet also, daß man in den Rechtsquellen des Völkerrechts suchen muß, wieweit eine Norm des Völkerrechts eine Pflicht der Staaten zur Anwendung von Völkerrecht durch ihre Organe begründet.

Die 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht hat sich mit dem Problem der sog. Transformation befaßt[1]. Sie ist dabei hinsichtlich der hier interessierenden Fragen zu folgenden Antworten gekommen:

(1) Das Völkerrecht enthält keinen allgemeinen Satz des Inhalts, daß die Staatsorgane völkerrechtliche Gebote oder Verbote ohne Einschaltung eines staatlichen Hoheitsaktes befolgen dürfen oder müssen. Zwar sind die Staaten verpflichtet, diesen Rechtsanwendungsbefehl zu erlassen, die Sanktion auf eine Verletzung dieser Pflicht ist aber nicht notwendig die Nichtigkeit völkerrechtswidrigen staatlichen Rechts[2].

---

1) Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre. Bericht von Karl Josef P a r t s c h . Der Bericht gibt eine rechtslogische Grundlegung des auf die Anwendung von Völkerrecht gerichteten staatlichen Rechtsanwendungsbefehls. Er bekennt sich zum Unterschied von der überkommenen Transformationslehre zur Vollzugslehre, der Ansicht daß durch den staatlichen Rechtsanwendungsbefehl die Völkerrechtsnorm diesen Charakter nicht verliert und nicht etwa zu Landesrecht wird. (aaO., S.19 ff.)

2) AaO., S.31 ff. und S.258, Leitsatz 6,7 und 8. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d (ArchVR Bd.13 S.143) hält der h.M. entgegen: "Eine jede seiende Ordnung hat notwendige Eigenschaften, als Essentiale ihres Bestandes, hier die Notwendigkeit ihrer Befolgung." Diese These läßt sich schlechterdings nicht bestreiten. Es wird auch heute trotz aller ideologischer Widersprüche von niemandem behauptet, das Völkerrecht enthalte keine die Staaten bindenden Normen. Nur folgt daraus eben nicht zwingend, daß völkerrechtswidriges staatliches Recht von vornherein nichtig ist. Die Sanktion auf den Verstoß einer Rechtsnorm gegen eine höherrangige Norm muß, wie das Beispiel der Bundesstaaten zeigt, eben nicht stets die Nichtigkeit sein.

Dem staatlichen Recht ist es auch überlassen, in welchen Rang es eine Norm des Völkerrechts eingliedern will. Auch in diesem Falle ist es eine Frage des Völkerrechts, welche Sanktion auf eine Sanktion folgt, die sich aus einer Transformation mit zu niedrigem Rang ergibt[1].

(2) Es gibt darüber hinaus auch einige wenige, aber in ihrer Bedeutung grundlegende Völkerrechtssätze, die ohne Transformation unmittelbar die Organe der Staaten zur Anwendung verpflichten. Dazu gehören die Völkerrechtsregeln über die Abgrenzung des staatlichen Wirkungsbereichs[2]. Aber hierzu ist genau zu prüfen, ob sich eine entsprechende Norm auch wirklich gebildet hat, und zwar sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen, als auch der Folgen. Zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht wird heute auch in der Staatenpraxis ein echtes hierarchisches Verhältnis angenommen, das es als sinnvoll erscheinen läßt, staatliche Rechtssetzung am Völkerrecht zu messen und dem Urteil des Völkerrechts als völkerrechtsgemäß oder völkerrechtswidrig zu unterwerfen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß die staatliche Rechtssetzung nur einen Unterfall des gesamten staatlichen Handelns darstellt, der insgesamt am Völkerrecht gemessen werden kann und muß. Der StIGH hat festgestellt[3]:

> "Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives."

Dieses Diktum gibt die Rechtslage exakt wieder. Das folgt schon aus der grundlegenden Erwägung, daß der gleiche Effekt durch die verschiedenartigsten Formen staatlichen Handelns erzielt werden kann: Eine Enteignung kann im Gewande eines Gesetzes, eines Gerichtsurteils oder eines Verwaltungsaktes auftreten, sie kann aber auch durch einen reinen, von der

---

1) AaO., S.36 ff. und S.159, Leitsatz 12.

2) AaO., S.34 ff.

3) Haute-Silésie polonaise, C.P.J.I., Sér. A No.7, S.19.

nationalen Rechtsordnung selbst nicht gerechtfertigten Gewaltakt erfolgen. Würde man völkerrechtlich die Folgen staatlichen Handelns verschieden beurteilen, je nach der Form, in der dieses Handeln erfolgt, so könnte ein Staat sich durch die Ausgestaltung seiner inneren Ordnung völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen. Das kann schlechterdings nicht Sinn einer Völkerrechtsnorm sein. So ist es z.B. allgemein anerkannt, daß sich kein Staat gegenüber völkerrechtlichen Pflichten auf seine eigene Rechtsordnung berufen kann[1]. Wenn eine Situation nach Völkerrecht zu beurteilen ist, so stellen sich stets die beiden Fragen:

(1) Ist das Handeln des Staates völkerrechtswidrig?

(2) Falls dies bejaht wird: Welche Sanktion sieht das Völkerrecht für diesen Verstoß vor?

In beiden Fällen ist die Lösung in den anerkannten völkerrechtlichen Rechtsquellen zu finden. Die Sanktion, die das Völkerrecht allgemein auf die den völkerrechtlichen Pflichten widersprechende staatliche Rechtssetzung legt, ist nun im einzelnen zu prüfen.

b) Führt die Setzung völkerrechtswidrigen Landesrechts nicht zu der Folge, daß die landesrechtliche Rechtssetzung rechtsnotwendig für den staatlichen Richter nichtig ist, so ist damit jedoch nicht ausgeschlossen, daß sie andere Rechtsfolgen auslöst.

i) Wenn die Setzung und der Vollzug völkerrechtswidrigen Landesrechts ein völkerrechtliches Delikt ist, löst es auch dessen Rechtsfolgen aus, also die Pflicht zum Schadensersatz. Dabei besteht grundsätzlich die Pflicht zur Naturalrestitution, der in der Person seines Staatsangehörigen verletzte Staat kann aber auch Ersatz in Geld verlangen[2].

---

1) So der StIGH im Falle der polnischen Staatsangehörigen in Danzig, C.P.J.I., Sér. A/B No.44, S.24:
"... un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international et les traités en vigueur."

2) C.P.J.I., Sér. A No.17 (usine de Chorzow, fond), p.47.

In einem solchen Fall kommt es nicht auf das abstrakte staatliche Gesetz, sondern auf dessen Vollzug an, durch den der Schaden eingetreten ist. Der Staat, dem eine Völkerrechtsverletzung vorgeworfen wird, kann sich nicht auf sein Recht und damit nicht auf seine innere Gewaltenteilung berufen. Er kann vor einem internationalen Gericht nicht mit dem Argument gehört werden, seine Behörde habr auf Grund seines Rechts oder sein Gesetzgeber habe auf Grund seiner Verfassung die als völkerrechtswidrig gerügte Handlung vornehmen müssen[1].

---

1) Das Schiedsgericht im Falle der Ansprüche norwegischer Reeder gegen die USA (Stuyt No.339, R.I.A.A. (Bd.I) S. 309 ff.) mußte sich eingehend mit der Frage des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht im Verfahren vor einem internationalen Gericht befassen. Norwegen machte Ansprüche seiner Staatsangehörigen gegen die USA geltend, weil diese 1917 in die Verträge der norwegischen Reeder mit amerikanischen Werften eingegriffen und die dort im Bau befindlichen Schiffe requiriert hatten. Nach dem Schiedsvertrag sollte das Gericht "in accordance with the principles of law and equitiy" entscheiden. Es legte diese Bestimmung dahin aus, daß es an die in Art.38 I des Statuts des StIGH niedergelegten Quellen des Völkerrechts gebunden sein sollte.
Norwegen brachte die These vor, das Gericht sei in keiner Weise an das nationale Recht der Parteien gebunden, die USA behaupteten dagegen, das Gericht "should be governed by American Statutes whenever the U.S. claim jurisdiction" (aaO., S.331). Daher sah sich das Gericht gezwungen, sich eingehend mit der Frage nach dem anzuwendenden Recht auseinanderzusetzen.
(1) Es stellte fest, daß es an das Privatrecht der USA gebunden sei, da es nicht in die privatrechtlichen Verträge der Bürger der streitenden Staaten eingreifen könne.
(2) Nicht anwendbar seien aber
(a) das "public law" der beteiligten Parteien, wenn es gegen "international public policy" verstoße;
(b) Recht, das "is contrary to the principle of the equality of the parties or to the principles of justice which are common to all civilized nations."
Das Gericht umschreibt dann noch näher, welche Rechtssätze seiner Ansicht nach die Gleichheit der Parteien verletzen würden: "... the Tribunal is not bound by the special rules instituted in any of the two countries for the purpose of restiricting (p.e. in favour of the sovereign against its own "justiciables") the equality between parties which would otherwise be the basis of justice as applied between private litigants."
Damit bringt das Gericht in etwas komplizierter Weise den Grundsatz zum Ausdruck, daß sich ein Staat seinen völker-

ii) Die zweite Sanktion die das Völkerrecht auf die Setzung völkerrechtswidrigen Landesrechts folgen läßt, ist das Recht anderer Staaten, die Pflicht internationaler Gerichte und Behörden, die auf Grund dieser Normen geschaffene Lage nicht anzuerkennen.

(1) So kann ein Staat, der seine Staatsangehörigkeit nicht völkerrechtsgemäß, d.h. in den vom Völkerrecht gezogenen Schranken verliehen hat, nicht das Recht auf diplomatische Protektion geltend machen[1].

(2) Ein Gesetz, mit dem ein Staat völkerrechtswidrig eine Gebietshoheit geltend macht, ist völkerrechtlich wirkungslos[2].

(3) Ein völkerrechtswidrig verliehenes Vermögensrecht braucht von den Gerichten eines anderen Staates auch dann nicht anerkannt zu werden, wenn dies nach dem IPR dieses Staates sonst geschehen müßte[3].

3. Dieses Kollisionsverhältnis zwischen staatlichem und internationalem Recht wird besonders deutlich, wenn man sich die Grundpositionen des internationalen Prozesses darstellt. Im Zusammenhang der hier vorzunehmenden Untersuchung interessiert dabei besonders derjenige Teil der internationalen Streitigkeiten, bei denen der einzelne zwar nicht Prozeßpartei, aber doch der materiell in seinen behaupteten Rechten Betroffene ist.

---

rechtlichen Verpflichtungen gegenüber Angehörigen anderer Staaten nicht durch Berufung auf seine eigene Rechtssetzung entziehen kann.

1) So der IGH im Nottebohm-Fall, C.I.J., Recueil 1955, S.4 ff.

2) Die völkerrechtliche Gültigkeit der norwegischen Rechtssätze, mit denen Norwegen die Gebietshoheit über bestimmte Meeresstrecken beanspruchte, war Gegenstand des Fischerei-Streits (C.I.J., Recueil 1951, S.8 ff.). Im Rechtsstreit über den Status von Nord-Grönland (P.C.I.C., Sér. A/B No.53) erklärte das Gericht ausdrücklich, daß die Rechtssätze, durch die Norwegen die Souveränität über das umstrittene Gebiet beanspruchte, nichtig seien (S.75).

3) S. unten S.465ff

a) In solchen Verfahren kann der internationale Richter nicht von vornherein vom nationalen Recht abstrahieren. Das Völkerrecht kennt Fälle, in denen staatliches Recht von einer Völkerrechtsnorm als Voraussetzung einer völkerrechtlichen Rechtsfolge aufgenommen wird.

i) Die erste und wichtigste dieser Grundsituationen betrifft das Staatsangehörigkeitsrecht. Das Völkerrecht enthält einerseits keine eigenen Vorschriften für den Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit, sondern zieht nur einen allgemeinen Rahmen[1]; andererseits ist aber die Staatsangehörigkeit Voraussetzung der diplomatischen Protektion und damit des internationalen Prozesses zwischen Staaten[2].

Für den internationalen Richter wird dadurch das nationale Staatsangehörigkeitsrecht zum Bestandteil des Obersatzes seiner Entscheidung[3].

Daraus ergeben sich aber einige weitere Probleme:

ii) Welche Bedeutung ist in diesem Rahmen nationalen Hoheitsakten zuzumessen? Welche Beweiskraft haben sie für den internationalen Prozeß? Die Praxis der internationalen Gerichte zeigt, daß grundsätzlich solchen nationalen Hoheitsakten die Wirkung eines prima fácie Beweises zukommt[4]. Gerade in diesem Zusammenhang zeigt sich aber,

---

1) Näheres dazu bei M a k a r o v , Allgemeine Fragen des Staatsangehörigkeitsrechts, S.65 ff.

2) Zusammenfassend: G e c k , WVR I, S.379 ff.

3) C a s s e s e , Il diritto interno nel processo internazionale, S.86, stellt diesen Syllogismus so dar: (Der internationale Richter) "dovrà compiere un'operazione sillogistica, che avrà come premessa maggiore le norme interne dello stato attore sulla nazionalità, come premessa minore la condizione di fatto dell'individuo e come conclusione la statuizione sul possesso o meno dello status di cittadinanza da parte di quell'individuo. La statuizione in cui sbocca tale sillogismo costituirà la premessa minore del sillogismo strumentale diretto a risolvere la questione pregiudiziale di procedura.

4) C a s s e s e , aaO., S.98 ff. bringt Beispiele aus der Rechtsprechung internationaler Gerichte. Durch diese Rechtsprechung wird eine Regel der materiellen Beweislast entwickelt, es kommt entscheidend auf das spezifizierte Bestreiten von seiten des beklagten Staates an.

daß die Verweisung vom Völkerrecht auf das nationale Recht nur in gewissen Grenzen erfolgt. Nach dem Staatsangehörigkeitsrecht eines Staates kann der Fall eintreten, daß jemand die Staatsangehörigkeit verliehen bekommt, der die Voraussetzungen an sich nicht erfüllt, dann nämlich, wenn ihm die Wirkungen des rechtskräftigen Verleihungsaktes oder gar eines rechtskräftigen Urteils zugute kommen. Wieweit ein socher Staatsakt Rechtskraftwirkung entfaltet, bestimmt die Rechtsordnung, unter der er ergeht. Damit ist aber nicht auch für eine andere Rechtsordnung die Verpflichtung gegeben, diese Rechtsfolge aufzunehmen.

Im Salem Fall zwischen den USA und Ägypten[1] stand die Staatsangehörigkeit eines gewissen Salem in Frage, für den die USA diplomatische Protektion ausübten. Die These der USA lautete: Unstreitig sei Salem nach dem Recht der USA dort naturalisiert worden. Wenn er diese Begünstigung durch Betrug erworben habe, sehe das Recht der USA vor, daß ihm die amerikanische Staatsangehörigkeit durch Gerichtsurteil entzogen werden könne. Solange ein solches Urteil nicht vorliege, sei er nach dem Recht der USA und damit auch nach Völkerrecht als Staatsangehöriger der USA anzusehen.
Das Gericht folgte dieser Ansicht nicht, es betonte vielmehr seine Befugnis, selbst zu prüfen, ob Salem die Naturalisation durch Betrug erlangt habe; dabei betonte es ausdrücklich, daß die vom amerikanischen Recht ausgesprochenen Rechtsfolgen für ein internationales Gericht nicht maßgeblich sein könnten[2].

---

1) R.I.A.A. (Bd.II) S.1161 ff.

2) Das Gericht stellte ausdrücklich fest (aaO., S.1185): "The judgment of a national court may be indispensable to engender the legal effects of such a fraud under national law, but nevertheless in all litigation between States regarding the natinnality of a person the right of one State to contest, as acquired by fraud, the nationality claimed by the other State cannot depend an the decision of the national courts of this State."

Dieses Urteil ist kein Irrläufer, es beruht auf einer gefestigten Rechtsprechung der internationalen Gerichte, wonach eine durch Täuschung erlangte Staatsangehörigkeit nicht zur diplomatischen Protektion berechtigt[1].
Hier zeigt sich also, daß das Zusammenwirken von Völkerrecht und staatlichem Recht nicht fugenlos geschieht, das Völkerrecht knüpft an bestimmte Voraussetzungen Rechtsfolgen, nämlich die Nichtanerkennung der fraudulos erworbenen Staatsangehörigkeit, unabhängig von der Reaktion des staatlichen Rechts auf diesen Makel.
Die Entscheidung der Italian-U.S. Conciliation Commission im Falle USA ex rel. Flegenheimer v. Italy[2] faßt eine andere Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts zusammen. In diesem Falle hatten sich die USA zum Nachweis der U.S. Staatsangehörigkeit Flegenheimers auf die nach U.S. Recht bindende Beweiswirkung des "Certificate of United States Nationality" berufen und die Bindungswirkung auch für das Schiedsgericht behauptet. Das Gericht kam aber unter Zusammenfassung der bisherigen internationalen Rechtsprechung zu dem Ergebnis, daß diese Beweiskraft ein internationales Gericht nicht in gleicher Weise bindet, wie ein nationales. Es verneinte daher die amerikanische Staatsangehörigkeit Flegenheimers und erklärte die Klage für unzulässig[3].

---

1) C a s s e s e , aaO., S.108 ff. mit weiteren Nachweisen aus der internationalen Rechtsprechung.

2) ILR Bd.25 (1958 I) S.91 ff.

3) Das Schiedsgericht faßt die bisherige Rechtsprechung in folgendem Satz zusammen (S.112):
"From the standpoint of merit, even certificates of nationality the content of which is proof under the municipal law of the issuing state, can be examined, and, if the case warrants, rejected by international bodies rendering judgment under the law of Nations, when these certificates are the result of fraud, or have been issued by favour in order to assure a person a diplomatic protection to which he would not be otherwise entitled, or when they are impaired by serious errors, or when they are inconsistent with the provisions of international treaties governing questions of nationality in matters of relationship with the alleged national state, or,

iii) Wie ist das nationale Recht zu interpretieren, das die Voraussetzungen des Erwerbs der Staatsangehörigkeit regelt? Es handelt sich dabei nicht nur um die eigentlichen Normen des Staatsangehörigkeitsrechts, sondern auch um die Bestimmung der Vorfragen, wie gültige Ehe, gültige Abstammung, die sich nach dem jeweiligen Privatrecht richten. Die Praxis der Schiedsgerichte zeigt das Bild einer sorgfältigen Überprüfung auch der nationalen Rechtssätze, die als Vorfragen die Staatsangehörigkeit bestimmen[1].
Soweit ersichtlich, scheint kein Fall vorzuliegen, in dem ein Schiedsgericht bewußt von einem Satz des nationalen Rechts abgewichen ist.
Mit gleicher Sorgfalt wurden die Grenznormen des Staatsangehörigkeitsrechts beachtet, wenn bestimmt werden mußte, inwieweit jemand als Doppelstaater anzusehen ist[2].

b) Die zweite prozessuale Grundsituation, die weitgehend zur Anwendung nationalen Rechts führt, ergibt sich aus der für den internationalen Prozeß zugunsten von Einzelpersonen unerläßlichen Voraussetzung, daß alle nationalen Rechtsmittel vorher ausgeschöpft sein müssen.[3]

---

finally, when they are contrary to the general principles of the law of Nations on nationality which forbid, for inst., the compulsory naturalisation of aliens. It is then not sufficient that a certificate of nationality be plausible for it to be recognized by international jurisdictions; the latter have the power of investigating the probative value thereof, even if its prima facie content does not appear to be incorrect."

1) Nachweise bei C a s s e s e , aaO., S.93 ff. und 101 ff.

2) C a s s e s e , S.97 f.

3) Diese Regel ist vom IGH im Interhandel-Streit zwischen der Schweiz und den USA ausdrücklich anerkannt worden (C.I.J., Rec. 1959, S.1 ff., S.27):
"La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier; elle a été généralement observée dans les cas où un État prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre État en violation du droit international. Avant de reccourir à la juridiction internationale, il a été

Daraus ergibt sich, daß das internationale Gericht eine Überprüfung der nationalen Rechtswege und Rechtsmittel vornehmen muß, die natürlich nach dem jeweiligen nationalen Recht in dessen Interpretation durch die Praxis zu erfolgen hat[1].

c) Der dritte und hier besonders interessierende Bereich ergibt sich aus einer weiteren Vorfrage. Wenn ein Staat in einem internationalen Prozeß gegen einen anderen Staat geltend macht, einer seiner Bürger sei vom Beklagten in seinen Rechten verletzt worden, muß geprüft werden, ob dem angeblich Verletzten diese Rechte auch zustanden.

i) Wenn ein internationales Gericht über die Völkerrechtsmäßigkeit einer Enteignung zu entscheiden hat, muß es feststellen, ob dem angeblich Verletzten dieses Eigentum überhaupt privatrechtlich zustand[2].

ii) Wenn ein Staat geltend macht, ein anderer Staat habe völkerrechtliche Pflichten dadurch verletzt, daß er einen Vertrag mit einem Bürger des Klägerstaates nicht erfüllte[3], muß das internationale Gericht prüfen, ob ein sol-

---

considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne."

1) So hat der Schiedsrichter Algot B a g g e im Fall Finnish Shipowners v. Great Britain (R.I.A.A. (Bd.III) S.1490 ff.) eingehend geprüft, wieweit nach englischem Recht der Staat vor englischen Gerichten verklagt werden kann (S.1543 ff.).

2) Aus der Rechtsprechung der internationalen Gerichte ist die Entscheidung des StIGH im Falle der Peter Pázmány Universität (P.C.I.J., Sér. A/B No.61) hervorzuheben. Das Gericht, das hier als Berufungsinstanz gegen das Ungarisch-Tschechoslowakische Gemischte Schiedsgericht angerufen worden war, mußte prüfen, ob der Universität in Budapest gewisse Ländereien auf tschechoslowakischem Gebiet zustanden. Zu diesem Zweck drang es tief in die Entstehungsgeschichte der Universität und der ihr dargebrachten Schenkungen ein, wobei es bis in die Zeit der Kaiserin Maria Theresia zurückgreifen mußte.
Weitere Rechtsprechungsnachweise bei C a s s e s e , S.129 ff.

3) Näheres zu diesem Rechtssatz s. unten, S.374 .

cher Vertrag überhaupt gültig bestand[1].
Alle diese Untersuchungen können nur nach dem Privatrecht eines Staates vorgenommen werden[2].

4. Die bisherigen Überlegungen ermöglichen nun eine nähere Bestimmung des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht.

a) Es handelt sich um getrennte Rechtsordnungen, die nebeneinander bestehen. Die Beziehungen von Völkerrecht und Landesrecht lassen sich nicht in einer vereinfachenden Formel erfassen (wie "Monismus", "Dualismus"), sie sind vielmehr von Fall zu Fall verschieden und jeweils nach der besonderen Sachlage zu ermitteln.

b) Der internationale Richter wendet nationales Recht nicht anders an, als ein nationaler Richter das Recht einer anderen Rechtsordnung, nämlich auf Grund einer Verweisung seines Rechtes auf das fremde Recht, genauer: auf Grund eines sich aus seiner Rechtsordnung ergebenden Rechtsanwendungsbefehls.

---

1) So hat der StIGH das Zustandekommen von Verträgen nach nationalem Recht geprüft im Falle der Mavrommatis-Konzessionen (C.P.J.I., Sér. A No.5, S.31). England hatte die Ungültigkeit des Konzessionsvertrags behauptet, mit der Begründung der Grieche Mavrommatis habe sich als ottomanischer Staatsangehöriger ausgegeben, er habe die Vertragspartnerin, die Stadt Jerusalem getäuscht. Das Gericht stellte nach Überprüfung der Interessenlage fest, daß dieser Irrtum nicht erheblich war, und zwar durch Beachtung der Konzessionsbedingungen sowie der anderer, vergleichbarer Konzessionen.

2) Näheres unten S.470.

c) Rechtsanwendungsbefehl des völkerrechtlichen Richters ist das Kompromiß, auf dem die Verbindlichkeit seiner Entscheidung beruht. Das Kompromiß kann ihn auf das nationale Recht verweisen. Aber auch unabhängig von dieser Verweisung ist der internationale Richter, der an sich Völkerrecht anzuwenden hat, gezwungen auch das nationale Recht zur Bildung seiner Entscheidungsmaxime heranzuziehen. Das trifft dann zu, wenn die Völkerrechtsnorm unvollständig ist und aufdas nationale Recht zur Ergänzung notwendig verweist. In diesem Falle ist aber stets zu prüfen, ob die Verweisung nur die Voraussetzungen oder auch die Rechtsfolgen des nationalen Rechts betrifft.

d) Im übrigen geht staatliche Rechtssetzung in der Kategorie "Staatliches Handeln" unter. Das folgt zwingend daraus, daß es bei der Beurteilung staatlichen Handelns, seiner Bewertung als völkerrechtsgemäß oder völkerrechtswidrig, nicht auf die innerstaatliche Organisation ankommen kann und damit auch nicht darauf, ob staatliches Handeln in der Form einer Rechtssetzung, eines Gerichtsurteils oder eines sonstigen Hoheitsaktes vorliegt.

II. Nationales und transnationales Recht

Die überkommene Einteilung in nationales und internationales Recht nach dem Kriterium: Völkerrecht und Landesrecht, wird der Interdependenz der modernen Staatengemeinschaft nicht mehr gerecht[1], sie ist zu grob. Ausgehend von der grundsätzlichen Trennung von Völkerrecht und staatlichem Recht zerfallen diese Gebiete in Gruppen, die eine gewisse Eigengesetzlichkeit entfalten.

1. Das Völkerrecht selbst ist kein einheitlicher Komplex mehr, es zerfällt in Normenhierarchien eigener Art. Neben dem klassischen Bereich des Völkerrechts, das die Rechtsbeziehungen der Staaten untereinander regelt, steht das

1) Zur Interdependenz: Z e m a n e k , WVR III, S.806 f.

Recht der internationalen Organisationen. Innerhalb dieser Organisationen entsteht durch die besondere Form der Willensbildung ihrer Organe ein im Range unter dem Organisationsstatut selbst stehendes Recht, das dem staatlichen Recht nicht mehr übergeordnet ist, sondern zu ihm in überhaupt keiner Beziehung mehr steht. Der Funktionär einer internationalen Organisation steht zu dieser in einem Rechtsverhältnis, das dem staatlichen Angestellten oder Beamtenverhältnis inhaltlich angenähert ist, seinen Geltungsgrund aber vom Völkerrecht ableitet und daher selbst als Völkerrecht anzusehen ist[1]. Dieses besondere Völkerrecht kann aus dem Problemkreis der hier vorzunehmenden Untersuchung völlig ausscheiden.

Wird die internationale Organisation aber von den beteiligten Staaten mit echter Hoheitsgewalt ausgestattet, wie dies bei den Europäischen Gemeinschaften der Fall ist, so entsteht eine innere Rechtsordnung dieser Gemeinschaft, ein supranationales Recht, das dem allgemeinen Völkerrecht gegenüber ebenso selbständig ist, wie das staatliche Recht[2]. Auch dieser Bereich kann aus dem hier interessierenden Völkerrecht auseschieden werden.

2. Aber auch das nach der Rechtsquelle staatliche Recht zerfällt in verschiedene Gruppen[3]:

a) Nationales Recht mit völlig nationaler Aufgabe; nämlich Recht, das die Rechtsverhältnisse der eigenen Staatsangehörigen regelt, soweit sie sich auf dem eigenen Staatsgebiet abspielen. Selbst diese Sphäre ist aber in Europa nicht völlig frei von völkerrechtlicher Beeinflussung, denn es können

---

1) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Arbeitsrecht, S.58.

2) V a n A s b e c k , NTIR BD. IX, 1962, Festschrift f. Offerhaus und Kollewijn, S.38 ff., erfaßt auch diese Rechtsnormen unter den Oberbegriff: "transnationaal recht". Diese Einteilung erscheint aber nicht sachgerecht, denn mit der eigentlich transnationalen Situation, nämlich den "actions and events that transcend national frontiers (J e s s u p , Transnational law, S.2) hat dieses Recht nichts zu tun.

3) Die Einteilung folgt v a n A s b e c k , aaO.

die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention eingreifen.

b) Nationales Recht mit transnationaler Aufgabe[1], also Recht das regelt

(1) die Rechtsverhältnisse von Ausländern im Inland. Hier sind völkerrechtliche Konflikte mit der fremden Personalhoheit denkbar;

(2) die Rechtsverhältnisse von Inländern im Ausland; hier sind Rechtsverhältnisse mit der fremden Gebietshoheit denbar;

(3) Recht das die Rechtsverhältnisse von Ausländern im Ausland regelt; die Möglichkeit eines Konflikts ist hier besonders groß.

c) Darüber hinaus gibt es noch einen Bereich des nationalen Rechts mit besonderer Affinität zum Völkerrecht, nämlich alle diejenigen Rechtssätze, die unmittelbar zur Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen erlassen werden.
Dazu gehören vor allem die IPR-Konventionen, da der völkerrechtliche Vertrag eine Pflicht der Staaten begründet, in bestimmten Fällen das im Vertrag bezeichnete Recht anzuwenden. Die drei Blöcke stellen eine Abstufung in bezug auf die potentielle Beeinflussung durch das Völkerrecht dar. Entscheidend ist aber die Erkenntnis, daß keine der drei Gruppen von der völkerrechtlichen Bindung völlig frei ist.

---

1) Die Antinomie zwischen nationaler Herkunft und transnationaler Aufgabe will v a n A s b e c k durch Vereinheitlichung überwinden (aaO., S.47):
"De wanordelijke toestand van naast elkaar liggende, divergerende rechtsregels kan alleen overwonnen worden door een praktijk van nationale organen die op aanpassing en eenheid mikt, door, waar dat kan, continu toezicht door onafhankelijke lieden op de conformiteit tussen nationaal en transnationaal recht, door supranationale rechtspraak - hoe nodig een voor particulieren gemakkelijk toegangelijke rechter! -, en door een onafgebroken pogen tot een verdragsregeling te geraken ..."
Das Ziel der Entscheidungsharmonie steht also für v a n A s b e c k als Ziel hinter allen Bemühungen. Es geht aber aus seinen Ausführungen nicht hervor, was er sich unter den "onafhankelijke lieden" vorstellt.

3. Das neue "Zwischenreich" zwischen Völkerrecht und staatlichem, transnationalem Recht:

Ein Phänomen des internationalen Wirtschaftsrechts gibt zu Überlegungen Anlaß, ob die strenge Trennung des Völkerrechts vom staatlichen Recht noch aufrecht erhalten werden kann, oder ob sich zwischen die beiden Normenkomplexe ein völlig eigenständiger Bereich schiebt[1].

a) Aufhellung des Phänomens

Ein Staat A schließt mit einer juristischen Person, die nach dem Recht des Staates B begründet wurde und nach diesem Recht die Staatsangehörigkeit B hat, einen Vertrag, in dem sich die Gesellschaft verpflichtet, bestimmte technische Anlagen, die zur Erichtung einen hohen Kapitalaufwand nötig machen, zu erstellen; der Staat verpflichtet sich seinerseits, der Gesellschaft gewisse, auf seinem Staatsgebiet liegende Bodenschätze zur Ausbeutung zu überlassen[2] oder ihr sonst bestimmte Monopolstellungen einzuräumen[3]. Anstoß zum Aufbruch in das juristische Neuland gab die bei diesen Verträgen in der Regel vereinbarte Schiedsklausel, durch die die Vertragspartner sich von der staatlichen Gerichtsbarkeit lösen und dem Schiedsgericht unter Umständen genau vorschreiben, nach welchem Recht es zu entscheiden hat[4].

---

1) Eine Übersicht über die Literatur zu diesem Problem findet sich bei K i p p , Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, S.133 f.

2) Typischer Fall: Ölkonzessionen.

3) Typischer Fall: Energieversorgungsmonopol.

4) Beispiele bei K i p p , aaO., S.136 ff.
Im "ARAMCO-Fall" (ILR Bd.27, S.117 ff. lautete die Klausel (aaO., S.153 f.):
"The Arbitration Tribunal shall decide this dispute
a) in accordance with the Saudi-Arabian law as hereinafter defined in so far as matters within the jurisdiction of Saudi Arabia are concerned
b) in accordance with the law deemed by the Arbitration Tribunal to be applicable, in so far as matters beyond the jurisdiction of Saudi Arabia are concerned.
Saudi Arabian law as used herein is the Muslim law
a) as taught by the school of Imam Ahmed ibn Hanbalih;
b) as applied in Saudi Arabia."

b) Der Vertrag einer Einzelperson mit einem Staat ist keine rechtliche Besonderheit, gerade die Denkfigur des Fiskus ist für diesen Vertragstyp geschaffen worden. Internationalrechtliche Besonderheiten treten erst dann auf, wenn die Einzelperson ein Ausländer ist, denn hier ist mitbeteiligt auch stets der Heimatstaat des privaten Vertragspartners durch sein Recht auf Ausübung der diplomatischen Protektion. Daß dieses Recht auch ausgeübt wird, zeigt die große Zahl von völkerrechtlichen Rechtsstreiten, die Verträge eines Staates mit einem Ausländer zum Gegenstand haben[1]. Diese

---

1) 1. Great-Britain v. U.S.A., Mixed Commission auf Grund des Vertrages v.8.2.1853 (Stuyt, No.47)
Affaire: Bons du Texas, Lp.-P. I, S.683 ff.
Affaire: Bons de la Floride, Lp.-P. I, S.758.
(Staatsanleihen).

2. U.S.A. v. Peru, Mixed Commission, Lima (Stuyt No.71),
Affaire Eldredge, Lp.-P. II, S.264 ff.
Ansprüche aus Heereslieferungen und Wechsel.

3. Columbien v. U.S.A., Mixed Comm. (Stuyt, No.74),
Affaire des bons Colombiens, Lp.-P. II, S.488 ff.
Haftung für die Staatsschuld der alten Republik Columbien.
Ebenso Ekuador v. U.S.A. (Stuyt No.68), Lp.-P. II, S. 425 ff.).

4. Great-Britain v. Venezuela (Stuyt No.83)
Affaire: Schloß & Cie et Michelson (Lp.-P. II, S.530 ff.)
Affaire: Emprunts vénézéluens et Banque de Vénézuéla (Lp.-P. II, S.539 ff.)
Affaire: Sarah Campbell et W. Achers Cage (Lp.-P. II, S.552 ff.).
Staatsschulden aus Anleihen und Haftung für Schulden der alten Republik Columbien.

5. Peru v. U.S.A. (Stuyt No.84)
Affaire: A. Rosenwig, S. Crosby & Cie., R. Hardy et Th.J. Clark, Lp.-P. II, S.595 f.
Peruanische Staatsschulden.
Affaire: P. Havner, Lp.-P. II, S.596 f., dto.

6. Great Britain v. Haiti (Stuyt No.158), Ansprüche brit. Bürger aus Lieferungen an Haiti.

7. Chile-Frankreich (Stuyt No.202),
Affaire Bordes, Ansprüche aus privatrechtlichem Beförderungsvertrag gegen Chile.

8. Chile-Frankreich (Stuyt No.213),
Affaire Carlos Fréraut, Ansprüche gegen Chile aus privatrechtlichen Lieferungen und Leistungen. Schiedsgericht durfte ex aequo et bono entscheiden.

Verträge haben also einen Doppelaspekt:
Sie werfen vorweg die Frage auf, aus welcher Rechtsordnung sich ihre Verbindlichkeit ableitet. Oben wurde bereits dargestellt, daß ein Vertrag seinen Geltungsgrund in dem rechtlich maßgeblichen Willen der Parteien hat, daß die Durchsetzbarkeit dieser Pflichten aber auf dem an die Staatsorgane gerichteten Rechtsanwendungsbefehl beruht, aus dem sich ergibt, in welchem Umfang sie den übereinstimmenden Willen von Privatpersonen zur Voraussetzung von subjektiven Rechten ansehen werden. Weiterhin wurde dort auch festgestellt, daß diese Anerkennung von Rechtsordnung zu Rechtsordnung variieren kann, und damit auch die Verbindlichkeit des Vertrages. Bei den hier interessierenden Verträgen ist die Lage anders. Kein Staat kann von den Gerichten eines anderen Staates gezwungen werden, einen solchen Vertrag zu erfüllen. Eine solche Entscheidung ist rechtlich schon durch die völkerrechtlichen Normen über die Immunität der Staaten ausgeschlossen, sie wäre, völkerrechtswidrig erlassen, auch nicht vollstreckbar. Wenn ein Staat vertraglich Rechte erteilt, nimmt er eine besondere Zuordnung vor, über die er allein entscheidet. Daher kann ein solcher Vertrag - unabhängig davon, ob eine Schiedsklausel besteht oder nicht - nur aus dem Recht des verleihenden Staates verbindlich sein.
Davon zu trennen ist die Frage, welches Recht den Vertrag materiell beherrscht und wieweit ein Staat nach Völkerrecht verpflichtet ist, auch seine landesrechtlichen Verbindlichkeiten einzuhalten.

---

9. Guatemala - Italien (Stuyt No.216). Ansprüche aus einem privatrechtlichen Dienstvertrag.

10. Italien - Peru, privatrechtliche Ansprüche aus peruanischen Schuldverschreibungen, Stuyt No.299.

11. Frankreich - Türkei, Ansprüche aus privatrechtlichen Dienstverhältnissen, Stuyt No.315.

12. Frankreich - Peru, peruanische Staatsanleihe, Stuyt No.317 = R.I.A.A. (I), S.215.

Der StIGH hatte mit Staatsanleihen im Fall der serbischen und brasilianischen Anleihen zu tun (C.P.J.I., Sér. A No.20 und 21); der dem IGH vorgelegte Fall der norwegischen Anleihen (C.I.J., Recueil 1957, S.9 ff.) gelangte nicht zur Sachentscheidung.

(1) Weiterhin stellen diese Verträge das kollisionsrechtliche Problem, welches Recht als "proper law of contract" den Vertrag beherrschen soll. Das ist eine Frage, die nach der Autonomie der Parteien zu entscheiden ist, u.U. müssen auch die typischen Interessen aufgesucht werden. Man wird in der Regel annehmen können, daß ein gewisses Schwergewicht für die Rechtsordnung des staatlichen Partners spricht, zwingend ist dies nicht[1]. Entscheidend ist aber, daß der staatliche Partner sich durch einen einseitigen Hoheitsakt seiner Verpflichtung entziehen kann, soweit nicht seine eigene Rechtsordnung, etwa das Enteignungsverbot seiner Verfassung ihm dies verbietet. Der private Vertragspartner ist gezwungen, sein Recht vor den Gerichten des staatlichen Partners zu suchen.

Ist der Vertragspartner Inländer, so ist mit dem Hoheitsakt, etwa einem die Leistung des Staates aufhebenden Gesetz, die Frage unter völkerrechtlichem Aspekt abgeschlossen.

(2) Ist der private Partner aber Ausländer, so liegt eine transnationale Situation vor, die zur Bildung von Völkerrecht führen kann. Die Präzedenzfälle zeigen, daß die Heimatstaaten des privaten Partners mit der Begründung intervenierten, sie könnten fordern, daß der staatliche Vertragspartner die ihren Staatsangehörigen gegenüber eingegangenen Verpflichtungen erfülle. Der von ihnen behauptete Völkerrechtssatz lautet also: Schließt ein Staat mit einem Ausländer einen nach dem vereinbarten oder feststellbaren staatlichen Recht gültigen Vertrag, so ist er dem Heimatstaat des privaten Partners gegenüber verpflichtet, diesen Vertrag zu erfüllen. Es handelt sich also um einen Satz des völkerrechtlichen Fremdenrechts. Die Entscheidungen internationaler Gerichte zu diesem Problem zeigen, daß die Existenz eines solchen Völkerrechtssatzes grundsätzlich bejaht wird.

---

1) S. dazu S c h n i t z e r , WVR III, S.329 ff.

c) Die Verleihung einer Konzession führt den bisherigen Beispielen einen besonderen Zug zu. Der Begriff der Konzession ist im einzelnen wenig geklärt, er umfaßt sehr verschiedene Tatbestände, die aber alle als Kern die Verleihung wirtschaftlicher Rechte haben, die an sich nur der Staat oder sonst ein Hoheitsträger gewähren kann[1]. Daher hat die Konzession einen größeren Bezug zur inneren Souveränität eines Staates als etwa die Anleihe, denn Anleihen kann auch eine Privatperson aufnehmen, ein wirtschaftliches Ausbeuterecht, eine besondere Nutzung des Staatsgebietes aber kann nur der Staat gewähren[2], gehört doch die Nutzung und Ausbeutung der natürlichen Reichtümer des Staatsgebietes zu den wesentlichen Hoheitsrechten des Staates[3].

(1) Daraus könnte man für die Auslegung solcher Verträge in besonderem Maße an das Recht des verleihenden Staates anknüpfen, da dieser hier mehr an der Anwendung seines Rechtes

---

1) G e c k , WVR II, S.302.

2) Daher können die kollisionsrechtlichen Probleme dieser Konzessionen nicht mit den Methoden des Internationalen Privatrechts im engeren Sinne allein gelöst werden. Vielmehr ist ein Rückgriff auf das Internationale Verwaltungsrecht nötig (s. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Berichte der Dt. Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, S.220 ff.). Man muß allerdings versuchen, die Qualifikation frei von den Tönungen der einzelnen Rechtsordnungen vorzunehmen, also gleichsam sub specie orbis, denn Konzessionen werden auch von Ländern gegeben, die den Unterschied von öffentlichem und privatem Recht nicht kennen. Zutreffend hat das Schiedsgericht im ARAMCO-Falle den Begriff der Konzession rechtsvergleichend erörtert (ILR Bd.27, S.157 ff.).

3) Das ist durch die Resolution der Vollversammlung der OVN v.21.12.1952 (UNYB 1952, S.390) ausdrücklich bestätigt worden.

interessiert ist, als der investierende Kapitalgeber[1]. Die Tatsache, daß die konzessionsverleihenden Staaten oft zu den wirtschaftlich unterentwickelten gehören und daß ihre Rechtsordnung nicht die nötigen Denkfiguren bereitstellt, um diesen Problemen gerecht zu werden, könnte die Ausnahme sein, die die Regel bestätigt, jedenfalls können daraus allein keine Schlüsse für die allgemeine kollisionsrechtliche Behandlung solcher Konzessionen gezogen werden[2].

(2) Auf jeden Fall wird die Anknüpfung an welches staatliche Recht auch immer, von der völkerrechtlichen Pflicht des konzessionsgewährenden Staates überlagert, solche Verträge zu erfüllen und sich grundsätzlich nicht durch einen eigenen Hoheitsakt davon zu befreien[3]. So gibt es eine große Zahl von Schiedssprüchen, in denen Staaten die Rechte ihres konzessionsberechtigten Staatsangehörigen gegen den konzessionsgebenden Staat wahrnahmen, auch wenn kein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den streitbeteiligten Staaten vorlag[4].

---

1) Zur kollisionsrechtlichen Frage der Anknüpfung solcher Verträge s. Z w e i g e r t , Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, S.194 ff.

2) G e c k ,WVR II, S.302. Zumindest ist es bedenklich, wegen der Unzulänglichkeit des staatlichen Rechts auf das Völkerrecht zurückzugreifen, das zumindest im Bereich des Gewohnheitsvölkerrechts und der Allgemeinen Rechtsgrundsätze gar nicht genügend technisch durchgebildet ist.

3) Die Bindung des Staates wird nicht enger sein können, als bei den echten völkerrechtlichen Verträgen; so wird man die Clausula rebus sic stantibus gelten lassen müssen, nicht weil ein völkerrechtlicher Vertrag vorliegt, sondern weil eine besondere völkerrechtliche Bindungswirkung gegeben ist.

4) I. Fälle, in denen die Staaten zugunsten ihrer Staatsangehörigen intervenierten.
   1. Großbritannien g. Kgr. beider Sizilien, Schwefelmonopol, Stuyt Nr.36;
   2. Großbritannien g. Honduras, Landkonzession, Stuyt Nr.63;
   3. Großbritannien g. Nikaragua, Landkonzession, Stuyt Nr.64;
   4. Salvador g. USA, Importmonopol, Stuyt Nr.76;
   5. Großbritannien und USA g. Portugal, Eisenbahnkonzession, Stuyt Nr.164.

6. Frankreich g. Großbritannien, Münzkonzession, Stuyt Nr.171;
7. Großbritannien g. Siam, Eisenbahnkonzssion, Stuyt Nr.200;
8. Österreich-Ungarn g. Türkei, Eisenbahnkonzession, Stuyt Nr.250;
9. Frankreich g. Haiti, Elektirzitäts- und Wasserversorgungskonzession, Stuyt Nr.272;
10. Großbritannien g. Peru, Konzession über Guanoabbau, Bergwerke und Eisenbahn, Stuyt Nr.286 und 287;
11. Marokko g. Niederlande, Bergwerkskonzession, Stuyt Nr.316;
12. Peru g. USA, Guanoabbaukonzession, Stuyt Nr.338, R.I.A.A. (I) S.347;
13. Großbritannien g. Peru, Bergwerkskonzession, Stuyt Nr.340;
14. Costarica g. Großbritannien, Petroleumkonzession, Stuyt Nr.342, R.I.A.A. (I) S.369;
15. Frankreich g. Polen, Rechte der Warschauer Elektrizitätsversorgungsgesellschaft, Stuyt Nr.343, R.I.A.A. (III) S.1669;
16. Guatemala g. USA, Ausfuhrkonzession, Stuyt Nr.390, R.I.A.A. (II) S.1079;
17. Großbritannien g. Portugal, Eisenbahnkonzession, Stuyt Nr.394, R.I.A.A. (II) S.1145.

II. Fälle, in denen die Privatperson selbst Partei war.
1. Ägypten g. Suez-Kanalgesellschaft, Stuyt Nr.75;
2. Großbritannien g. Societé du Chemin de Fer ottoman de Jaffa à Jerusalem, Stuyt Nr.335;
3. Lena Goldfields Company Ltd. g. UdSSR, Stuyt Nr. 370;
4. Compagnie Rialet g. Äthiopien, Stuyt Nr.383;
5. Tschechoslowakei g. Radio-Corporation of America, Stuyt Nr.385;
6. China g. Radio-Corporation of America, Stuyt Nr. 386, R.I.A.A. (III) S.1621;
7. Griechenland g. Societé Commerciale de Belgique, Eisenbahnkonzession, Stuyt Nr.401.

III. Der StIGH befaßte sich mit Konzessionsverträgen im Falle der Mavrommatis-Konzessionen (C.P.J.I., Sér. A No.2, 5 und 11); im Französisch-griechischen Leuchtturm Fall (C.P.J.I., Sér. A/B No.62 und 71), im Fall Oskar Chinn (C.P.J.I., Sér. A/B No.63); Konzessionsverträge lagen den nicht mehr entschiedenen Fällen der Compagnie d'Electicité de Sofia et de Bulgarie und der Société commerciale de Belgique (Forts. des Verfahrens Stuyt No.401) zugrunde. Dem IGH wurden Fragen des Konzessionsrechts in dem im Zuständigkeitsverfahren hängengebliebenen Fall der Anglo-Iranian Oil Co. (I.C.J., Reports 1952, S.93 ff.) und in dem außergerichtlich verglichenen Fall: Société "Electicité de Beyrouth" unterbreitet. Im Streit zwischen Belgien und Spanien in Sachen Barcelona Traction, Light and Power Company, ist bis jetzt nur ein Zwischenurteil ergangen (I.C.J., Reports 1964, S.6 ff.).

Dabei war das Interventionsrecht des Heimatstaates nicht bestritten worden.

(3) Kennzeichen der neueren Fälle ist die Vereinbarung einer Schiedsklausel im Konzessionsvertrag und die Verfahrensgestaltung in der Form, daß sich konzessionsgebender Staat und konzessionsnehmende Privatperson als gleichberechtigte Partner gegenüberstehen. Dieses besondere Element der Gleichberechtigung könnte dazu führen, hier einen völkerrechtlichen Vertrag[1] oder gar eine Rechtsordnung besonderer Art, außerhalb des staatlichen Rechts und des Völkerrechts anzunehmen[2].
Dabei ist aber zu beachten: Als gleichberechtigter Partner können sich Staat und Privatperson auch nach innerstaatlichem Recht gegenüberstehen.

Eine Absicherung gegen einseitige hoheitliche Maßnahmen des konzessionsgewährenden Staates läßt sich nur aus einer übergeordneten Rechtsordnung, dem Völkerrecht gewinnen[3]. Die Privatperson wird aber durch einen Vertrag mit einem Staat nicht zum Völkerrechtssubjekt[4].

---

1) B i n d s c h e d l e r , Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, S.232 f., v. d. H e y d t e , aaO., S.233 f., B ü l c k , aaO., S.237 f.

2) K i p p , aaO., S.133 ff., V e r d r o s s , ZfRV 1965, S.129 ff.

3) Im ARAMCO-Fall hatte der Vertreter Saudi-Arabiens vorgetragen, die Verleihung der Konzession sei ein Akt der Souveränität Saudi-Arabiens, er könne daher nicht Gegenstand des Schiedsverfahrens sein. Das Gericht stellte dazu fest (ILR Bd.27, S.151 ff.), es könne Saudi-Arabien keine Pflichten auferlegen, die es nicht freiwillig übernommen habe, aber durch den freiwilligen Abschluß des Vertrages seien solche Pflichten eingetreten, denen gegenüber Saudi-Arabien sich gerade nicht auf Souveränität berufen könne. Das Gericht zitiert den Wimbledon-Fall (C.P.J.I., Sér. A No.1), ein Zitat, das den Tatbestand nicht völlig deckt, da es sich dort um einen völkerrechtlichen Vertrag handelte, hier aber die Vergabe der Konzession als Vertrag nach saudi-arabischem Recht aufgefaßt wurde (aaO., S.164). Der richtige Kern des Zitats liegt darin, daß auch im ARAMCO-Fall Saudi-Arabien kraft Völkerrechts verpflichtet war, den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen und sich gegenüber dieser Verpflichtung nicht auf seine Souveränität berufen konnte.

4) M o s l e r , Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 4, S.74.

Das Interventionsrecht des Heimatstaates des nichtstaatlichen Partners wird durch den Schiedsvertrag nicht ausgeschlossen, vielmehr gehört die Ausschöpfung aller sich aus dem Schiedsvertrag ergebenden Möglichkeiten zur Voraussetzung der Erschöpfung des Rechtsweges[1].

Daraus folgt aber: Die Grundstruktur der Rechtsbeziehung zwischen einem konzessionsverleihenden Staat und einem nicht staatlichen Partner anderer Staatsangehörigkeit bleibt die gleiche, ob nun ein Schiedsgericht vereinbart worden ist oder nicht. Der Vertrag gehört nicht dem Völkerrecht an, er leitet seine Verbindlichkeit aus dem Recht des Konzessionsgebers ab, unabhängig davon, welches Recht als "proper law

---

1) Da das Recht auf diplomatische Protektion ein Recht des Staates, nicht des einzelnen ist, kann der einzelne auch nicht wirksam auf dieses Recht verzichten. Daher ist auch anerkannt, daß die sog. "Calvo-Clausel" nur die an sich schon geltende Voraussetzung der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges bestätigt, nicht aber weitergehende Wirkungen hat, s. dazu H a l l i e r, WVR I, S.398 f.
G e c k , Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, S.223 f. betont zu Recht, daß das ganze Problem durch die faktische Abschwächung der Wirkung der diplomatischen Protektion entstanden ist. Daß der nichtstaatliche Partner auch durch ein Schiedsverfahren zumindest nicht besser gesichert ist, zeigt der von L a l i v e , SchwJIR Bd.XIX, 1962, S.273 ff. berichtete Fall Sapphire International Petroleums Limited v. National Iranian Oil Company.

of the contract" anzusehen ist[1]. Zugleich besteht aber aus dem Völkerrecht, auf Grund der Personalhoheit des Heimatstaates des nichtstaatlichen Partners eine Pflicht des Konzessionsgebers, sich an den Vertrag zu halten und ein Recht des Heimatstaates die Erfüllung der Vertragspflichten zu fordern. Die Erschöpfung eines vereinbarten Schieds-

---

1) Z w e i g e r t , Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, S.194 ff.
Der Rückgriff auf die Allgemeinen Rechtsgrundsätze dürfte nur dort nötig sein, wo das an sich zur Anwendung berufene staatliche Recht technisch nicht genügend entwickelt ist. Im ARAMCO-Fall stellte das Schiedsgericht fest (ILR Bd.27, S.167):
"Matters pertaining to private law are, in principle, governed by the law of Saudi-Arabia, with one important reservation. That law must, in case of need, be interpreted or supplemented by the general principles of law, by the custom and practice in the oil business and by notions of pure jurisprudence, in particular whenever certain private rights - which must inevitable be recognized to the concessionaire if the concession is not to be deprived of its substance - would not be secured in an unquestionable manner by the law in force in Saudi-Arabia".
Im Sapphire-Fall (s. oben S.381 Fn.1) war eine Rechtsverēinbarung nicht getroffen worden, die Parteien hatten sich lediglich verpflichtet, "à exécuter les dispositions du contrat conformément aux principes de la bonne foi et de la bonne volonté et en respectant tant l'esprit que la lettre de l'accord" (aaO., S.276, französische Übersetzung des nicht veröffentlichten englischen Textes). Weiterhin war vereinbart worden, die Kl. sollte bei höherer Gewalt von ihren Verpflichtungen befreit sein, dieser Begriff sei gemäß den Grundsätzen des Völkerrechts auszulegen. Aus diesen Bestimmungen zieht der Richter den Schluß, die Parteien hätten nicht nur das iranische, sondern auch jedes andere nationale Recht ausschließen wollen. Ersteres begründet er damit, daß: "par le présent contrat, la société étrangère apportait à l'État iranien une aide financière et technique, comportant pour elle des investissements, des responsabilités et des risques étendus. Il apparaît dès lors normal qu'elle soit protégée contre des modifications législatives susceptibles de modifier l'économie du contrat et qu'une certaine sécurité juridique lui soit assurée, ce que ne pourrait lui garantir l'application pure et simple du droit iranien, qu'il est au pouvoir de l'État iranien de modifier." Dazu ist zu bemerken, daß gegen ein gezieltes iranisches Gesetz, etwa eine Enteignung der Konzession, diese Vereinbarung von vornherein nichts helfen würde. Sie kann also allenfalls mittelbare Änderungen erfassen, die vom völkerrechtlichen pacta sunt servanda nicht ver-

verfahrens ist Verfahrensvoraussetzung der diplomatischen Protektion.

Zur Annahme eines "Zwischenreiches" zwischen dem Völkerrecht und dem nationalen Recht besteht also keine Veranlassung[1].

---

boten wären. Interessant ist, daß der Richter bei der Ermittlung der Vertragspflichten auf die Gemeinsamkeiten des kanadischen Heimatrechts der Klägerin und des iranischen Rechts zurückgreift. In dieser Methode scheint ein sehr erfolgverheißender Weg beschritten zu werden.

1) Ein Zwischenrecht zwischen dem staatlichen und dem Völkerrecht scheint der U.S. Supreme Court im Falle des "Maritime Law" anzunehmen (Lauritzen v. Larsen, (1953) 345 U.S. 571 ff. = ILR 1953, S.197 ff.).
Der Rechtsstreit ging um die Anwendbarkeit des Jones Act (46 U.S.C., § 688) auf nicht amerikanische Seeleute. In diesem Zusammenhang setzt sich das Gericht mit der Frage auseinander, welches Recht die Ansprüche eines dänischen Seemanns, der in New York auf einem dänischen Schiff angeheuert hatte und im Hafen von Havanna durch einen Arbeitsunfall körperlich geschädigt wurde, bestimmt. Es prüft, welche Anknüpfungspunkte nach "Maritime Law" maßgebend sind und beschreibt dazu, was es sich unter diesem Begriff vorstellt:
"It has the force of law not from extraterritorial reach of national laws, not from abdication of its sovereign powers by any nation, but from acceptance by common consent of civilized communities of rules designed to foster amicable and workable commercial relations. International or maritime law in such matters as this does not seek uniformity and does not purport to restrict any nation from making and altering its laws to govern its own shipping and territory. However, it aims at stability and order through usages which considerations of comity, reciprocity and long-range interest have developed to define the domain which each nation will claim as its own. Maritime Law, like our municipal law, has attempted to avoid or resolve conflicts between competing law by ascertaining and valuing points of contract between the transaction and the States or governments whose competing laws are involved."
Es handelt sich also nicht um staatliche (municipal) Recht, aber auch nicht um Völkerrecht, weil es eine eigentlich bindende Wirkung nicht erzeugt.
Mit kontinentalen Begriffen ist der Gedankengang des Supreme Court nicht nachzuvollziehen.

III. Internationales, nationales und kirchliches Recht

1. Kirchliches und staatliches Recht sind getrennte Rechtsordnungen, die sich nicht auseinander ableiten lassen und die auch nicht in einem Über- und Unterordnungsverhältnis zueinander stehen[1].

Zwischen staatlichem und kirchlichem Recht können sich echte Widersprüche ergeben, die in keiner übergeordneten Rechtsnorm ihre Auflösung finden[2].

2. Das Völkerrecht erfaßt die Kirchen grundsätzlich nicht. Wohl aber ist der Heilige Stuhl Völkerrechtssubjekt und damit fragt sich, ob die Regeln, die die Staaten zur gegenseitigen Beachtung ihres Rechts verpflichten, auch zugunsten des Heiligen Stuhls gelten.

a) Neben der Völkerrechtssubjektivität der Città del Vaticano besteht getrennt die Völkerrechtssubjektivität des Heiligen Stuhls[3]. Die Gebietshoheit über das Territorium der Vatikanstadt ist dem Papst durch den Lateranvertrag eingeräumt worden, dabei handelt es sich aber um einen Vertrag mit Statuswirkung, der also gegenüber allen Staaten eine bindende Regelung schafft[4]. In gleicher Weise gibt es eine Staatsangehörigkeit der Vatikanstadt, also eine Personalhoheit[5].

---

1) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Liermann, S.222, Fn.6. Ob ein solches Über- und Unterordnungsverhältnis besteht hängt vom Selbstverständnis der Gemeinschaft ab, die sich als Kirche versteht. Dieses Selbstverständnis kann dahin gehen, daß die Gemeinschaft sich völlig dem Staate unterordnet, es kann aber auch zu einer Überordnung führen (vgl. etwa die autoritative Abgrenzung von kirchlichem und staatlichem Eherecht in Can.1016 C.J.C.).

2) S. dazu W e n g l e r , Festschrift f. Laun, 1953, S. 720 ff.

3) D a h m I, S.178 ff.

4) D a h m I, S.182.

5) D a h m I, S.180.

b) Keine Personalhoheit im völkerrechtlichen Sinne übt aber der Papst über die katholischen Gläubigen aus. So wird das Recht des CJC nicht vom Völkerrecht in gleicher Weise erfaßt und geschützt, wie das Recht anderer Staaten. Die völkerrechtliche Pflicht, den Papst als Subjekt des Völkerrechts zu achten[1], führt nicht zu den gleichen Folgerungen wie die Pflicht, Gebiets- und Personalhoheit eines Staates zu achten. Um die Anwendung des kanonischen Rechts im staatlichen Bereich zu sichern, ist das besondere Institut des Konkordats nötig.

Daraus folgt aber, daß das kirchliche Recht aus der weiteren Untersuchung ausscheidet. Es wird von völkerrechtlichen Rechtsanwendungspflichten nur geschützt, wenn dies in einem Konkordat vereinbart wurde oder wenn das kanonische Recht von einem Staat rezipiert wurde[2].

---

1) Im einzelnen ist bestritten
   - ob die katholische Kirche oder der Heilige Stuhl Völkerrechtssubjekt ist, s. V e r d r o s s - V e r o s t a - Z e m a n e k , S.203, Fn.3;
   - ob die Città del Vaticano und der Heilige Stuhl als zwei getrennte Völkerrechtssubjekte anzusehen sind (so D a h m I, S.178 ff.) oder ob der Papst völkerrechtlich nur als Oberhaupt der Città del Vaticano anzusehen ist (O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , § 107, S.254 f.).

2) Wie dies im spanischen und italienischen Eherecht geschehen ist.

§ 24

Völkerrecht und Internationales Privatrecht

I. Ausgangslage:

(1) Das Internationale Privatrecht, wie es die staatlichen Gerichte anwenden, ist in seinen beiden Funktionen, als Grenznorm und als Rechtsanwendungsbefehl, staatliches Recht der Rechtsquelle nach. Es dient als Grenznorm der Funktion, den Regelungsumfang des staatlichen Rechts zu begrenzen, als Rechtsanwendungsbefehl ist es ein Bestandteil der staatlichen Gerichtsverfassung. Es ist vom staatlichen Gesetzgeber erlassen, oder es wird von den Gerichten als Richterrecht, d.h. staatliches Gewohnheitsrecht angewendet.

(2) Das Internationale Privatrecht ist aber seiner Funktion nach transnationales Recht, denn es greift nur dort ein, wo fremde Elemente eines Sachverhalts in Frage stehen. Damit ist es auch ein völkerrechtsaffines Recht, es kann in besonderem Maße Anlaß zur Bildung von Völkerrecht geben. Die transnationale Aufgabe prägt seinen Inhalt.

(3) Der Einfluß des Völkerrechts kann sich auswirken:

(a) Unmittelbar auf Grenznorm und Rechtsanwendungsbefehl, indem das Völkerrecht einem Staat gebietet, auf bestimmte Sachverhalte nicht sein eigenes Recht, sondern das Recht eines bestimmten Staates anzuwenden.

(b) Mittelbar, durch völkerrechtsgemäße Qualifikation der Begriffe des Internationalen Privatrechts.

(c) Als völkerrechtliche Vorfrage bei der Anwendung des ausländischen Rechts.

II. Völkerrecht und IPR-Norm

Gewohnheitsvölkerrecht bildet sich aus einer transnationalen Situation, wenn die Rechtsposition eines fremden Staates verletzt sein kann und dieser seine Rechte geltend macht. Es kommt also entscheidend auf Präzedenzfälle an. Weiterhin können völkerrechtliche Pflichten die Bildung des Internationalen

Privatrechts beeinflussen, die sich aus der Entfaltung anerkannter völkerrechtlicher Positionen ergeben, soweit die Staatenpraxis mit dem so gewonnenen Rechtssatz übereinstimmt und sich nicht, etwa durch schlüssigen Verzicht, eine Ausnahmeregel gebildet hat.

1. Der Freiheit staatlicher Regelung, der Souveränität also, stehen zwei Rechtspositionen anderer Staaten entgegen, deren Achtung das Gewohnheitsvölkerrecht gebietet: die Gebietshoheit und die Personalhoheit.

a) Die Pflicht, die Gebietshoheit eines fremden Staates zu achten, kann gebieten, den Regelungsumfang des eigenen Rechts nicht auf Sachverhalte auszudehnen, die sich auf dem Gebiete des fremden Staates abspielen oder abgespielt haben, stattdessen, auf diese Sachverhalte das Recht des Gebietsstaates anzuwenden.
Im Zusammenhang mit der Anwendung des Rechts des Gebietsstaates oder aber auch unabhängig davon, kann sich die Pflicht ergeben, Hoheitsakte des Gebietsstaates durch Anerkennung ihrer Wirkung zu achten, und, als Umkehrung, eigene Hoheitsakte zu unterlassen.

b) Die Personalhoheit des fremden Staates über seine eigenen Staatsangehörigen kann dazu führen, daß die Anwendung eigenen Rechts auf die fremden Staatsangehörigen beschränkt wird durch die Pflicht bestimmte Regelungen zu unterlassen, oder durch die Pflicht, das Recht des Heimatstaates anzuwenden; aber auch unabhängig davon, durch die Pflicht, den auf dem eigenen Staatsgebiet weilenden fremden Staatsangehörigen bestimmte Rechtspositionen zu gewähren, also der Komplex der in der Völkerrechtslehre unter dem Begriff des "Fremdenrechtes" zusammengefaßten Verpflichtungen. Unabhängig von der eigentlichen Anwendung des Rechts des Heimatstaates kann sich die Pflicht ergeben, dessen Hoheitsakte zu beachten, soweit sie mit Wirkung gegen seine Staatsangehörigen ergingen, und zwar auch außerhalb des vom völkerrechtlichen Fremdenrechts erfaßten Bereichs. Es gibt keine weitere vom Völkerrecht geschützte staatliche Position, denn die möglicher-

weise bestehende Pflicht, alle fremden Staaten oder alle fremden Staatsangehörigen gleich zu behandeln, könnte nur zur Gleichbehandlung innerhalb des bestehenden Systems des jeweiligen staatlichen Internationalen Privatrechts führen, nicht aber diese Systembildung selbst beeinflussen.

Daraus folgt aber, daß sich die am Privatrecht orientierte und schon wegen der Grenznormfunktion notwendig orientierte Gestaltung des Internationalen Privatrechts nicht mit dem sich aus dem Völkerrecht ergebenden Pflichten decken kann. Bildet sich das Internationale Privatrecht nach den Kategorien Schuldverhältnis, Recht an einer Sache, Erbrecht usw., so lauten die relevanten völkerrechtlichen Kategorien: Staatsgebiet und Staatsvolk.

c) Diese Pflichten können verstärkt werden, durch die sich aus der Rechtsidee selbst ergebende, und damit auch dem Völkerrecht vorgegebene Pflicht, zu vermeiden, daß ein Mensch dem Widerstreit sich widersprechender Befehle ausgesetzt wird, dem er sich nicht entziehen kann.

2. Vorweg sollen die Präzedenzfälle untersucht werden, die Fälle also, in denen Staaten gegen die Anwendung eines bestimmten Rechts protestierten und der Protest anerkannt wurde oder eine neutrale Instanz, also ein internationales Gericht, Recht, d.h. Völkerrecht sprach. Nun zeigt sich, daß es nur sehr wenige solcher Präzdenzfälle gibt. Sie müssen überprüft werden, auf die typische Situation hin, die zum Protest Anlaß gab. Es ist für die vorliegende Frage von großer Bedeutung, festzustellen, durch welche staatlichen Handlungen andere Staaten ihre Interessen verletzt fühlten. Dabei kann der Bereich des hochpolitischen Völkerrechts von vornherein ausscheiden, ebensowenig interessieren die Probleme der Abgrenzung des Staatsgebiets.

a) Interventionen der Staaten in eigenem Interesse lassen sich, abgesehen von den Grenzproblemen, selbst kaum finden. Die Zappa-Affäre zwischen Rumänien und Griechenland, die

sich letztlich um die Frage drehte, ob ein Fremder, der im Inland Grundstücke besitzt, seinen Heimatstaat zu Erben dieser Grundstücke bestimmen kann, also wieweit ein Staat innerhalb einer fremden Rechtsordnung Rechtsfähigkeit und etwaige Privilegien verlangen kann, ist gerichtlich nicht ausgetragen worden[1].

b) Aus dem Bereich der Fälle, in denen der fremde Staat ein Interesse seines Staatsangehörigen (wenngleich gem. der überkommenen Lehre ein eigenes Recht) geltend machte, müssen aus dem hier wichtigen Zusammenhang alle die ausscheiden, bei denen dem fremden Staatsbürger im Gebiet des Aufenthaltsstaates nach dessen eigenem Recht Unrecht geschah und nur die Frage der Verantwortlichkeit streitig war. Dieser Komplex macht einen großen Teil der schiedsgerichtlichen Entscheidungen zum völkerrechtlichen Fremdenrecht aus. Es kann hier nur auf die Fälle ankommen, wo das Handeln nach dem Rechte eines der beteiligten Staaten rechtmäßig war.

Weiterhin müssen hier alle Entscheidungen von Schiedsgerichten ausscheiden, die auf Grund eines Vertrages errichtet wurden, der als Friedensvertrag oder zumindest infolge eines Krieges zur Lösung der aus dem Krieg entstandenen vermögensrechtlichen Fragen geschlossen wurde, soweit ihre Entscheidung in der Hauptfrage die Interpretation dieses Vertrages betreffen.

---

1) S. dazu F l a i s c h l e n , ZIPRStR Bd.3, (1893), S.117 ff. und S t r e i t , aaO., S.479 ff.
Griechenland bat die Berliner Juristenfakultät um ein Gutachten über die vergleichbare Rechtslage in Deutschland. Diese stellte fest (aaO., S.275 ff.), es sei vom Völkerrecht nicht verboten, den Erwerb eines inländischen Grundstücks durch einen Ausländer von einer Genehmigung des Gebietsstaates abhängig zu machen. Zwar habe keine juristische Person des Auslandes einen Anspruch darauf, den juristischen Personen des Inlands gleichgestellt zu werden, doch ließe ihnen die Staatenpraxis auch jeweils im Ausland die allgemeine Rechts- und Erwerbsfähigkeit zukommen.
Das müsse auch für den als Fiskus auftretenden fremden Staat gelten. Daher sei Griechenland zwar im Rahmen der deutschen Rechtsordnung rechtsfähig, es sei aber hinsichtlich des Erwerbs von Grundstücken nicht besser gestellt als jeder sonstige Ausländer.

Die erste Gruppe der übrig bleibenden Fälle bilden die Eingriffe in Leben, Freiheit und Vermögen des Fremden, die man nach einem internationalen Standard als strafrechtlich qualifizieren kann[1].

Die zweite Gruppe erfaßt die außerstrafrechtlichen Eingriffe in das Eigentum und vermögenswerte Rechte des Fremden. Dazu gehören auch die bereits behandelten Fälle des Eingriffs in eine Konzession[2].

---

1) Stuyt No.23; Verhaftung und Beschlagnahmung; aaO. No.59, Beschlagnahmung; No.70, Verhaftung; No.72, Verhaftung; No.88, Durchsuchung und Verhaftung; No.104, 106 und 108, Schiffsbeschlagnahmung; No.115, Beschlagnahmung; No.151, Verhaftung, dto. No.152; No.154, Schiffsbeschlagnahmung; No.174, Verhaftung; No.188, Verhaftung; No.208, Verhaftung; No.217, Verhaftung und Ausweisung; No.226, Verhaftung und Arrestierung eines Schiffes; No.228, Beschlagnahmung aus steuerstrafrechtlichen Gründen; No.233, Beschlagnahmung; No.236, Schiffsbeschlagnahmung; No.314, Beschlagnahmung wegen Embargoverstoßes;
Als Fall eines diplomatischen Protestes ist der Cutting-Fall anzufügen (s. dazu I. v. M ü n c h , WVR I, S.305 f.). Mit strafrechtlichen Maßnahmen mußte sich der StIGH im Lotus-Fall, der IGH im Asyl-Streit befassen.

2) Zu den Staatseingriffen in Konzessionen, oben S.311 Fn.4
Die übrigen Fälle, die Staatseingriffe in Privatvermögen betreffen, hängen zum großen Teil mit Kriegen zusammen. Das Prisenrecht des Seekriegs spielt dabei eine wichtige Rolle.
Der für das Institut der diplomatischen Protektion wichtige Nottebohm-Fall hat als Grundlage eine kriegsrechtliche Konfiskation, desgl. der Interhandel-Fall.
Erst nach dem Ersten Weltkrieg kam es in den auf Grund der Friedensverträge entstandenen Staaten zu weitergehenden Eingriffen in Privatvermögen, die vor allem gegen die Minderheiten gerichtet waren. Mit diesen Eingriffen mußte sich der StIGH in mehreren Fällen auseinandersetzen:
1. Gutachten über die deutschen Ansiedler in Polen, P.C.I.J., Sér. B No.6;
2. Urteil in S. der deutschen Interessen in polnisch Oberschlesien, C.P.J.I., Sér. A No.6 und 7;
3. Urteil in S. der oberschlesischen Stickstoffwerke in Chorzow, C.P.J.I., Sér. A No.9, 11 und 13;
4. Urteil in S. der Peter Pázmány Universität, C.P.J.I., Sér. A/B No.61;
5. Urteil in S. Pajzs, Csáky, Esterházy, C.P.J.I., Sér. A/B No.68.

Die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg brachte eine gesteigerte Neigung der Staaten zum Eingriff in das Privateigentum auch außerhalb der kriegsbedingten Maßnahmen. Zwar

Die dritte Gruppe umfaßt die bereits erörterten Verletzungen von Verträgen, die Staaten mit Privatpersonen eingegangen sind, außerhalb der Konzessionsverleihungen. Einen wichtigen Anteil an dieser Fallgruppe machen die Staatsanleihen aus[1].

Damit ist die große Zahl der Interventionsfälle bereits erfaßt. Es bleibt noch eine kleine, hier näher interessierende aber in sich nicht einheitliche Gruppe, die mit dem völkerrechtlichen Fremdenrecht zusammenhängt:

(1) Interventionen mit der Begründung, es liege ein déni de justice vor, weil die Gerichtsorganisation des Gebietsstaates als solche mangelhaft sei[2].

(2) Die Behauptung eines déni de justice wird auf die Verletzung vertraglicher Pflichten gegründet[3].

(3) Ein andersartiger Verstoß gegen einen Handels- und Niederlassungsvertrag wird behauptet[4].

---

ist eine Entscheidung des IGH über diese Fragen bisher noch nicht ergangen, dafür war aber die Staatenpraxis umso aktiver. Ein eindrucksvolles Bild vermittelt die Praxis des auswärtigen Departements des schweizerischen Bundesrats (s. dazu den Bericht von G u g g e n h e i m , SchwJIR Bd.IV, S.147 ff.; V, S.162 ff.; VI, S.124 ff.; VII, S.131 ff.; VIII, S.185 ff.; IX, S.139 ff.; X, S. 213 ff.; XIII, S.163 ff.; XVIII, S.125 f.). Daraus geht hervor, daß die Schweiz die Rechte ihrer Bürger mit Nachdruck wahrgenommen hat, daß ihre Interventionen grundsätzlich zum Erfolg führten und daß sie damit einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung des völkerrechtlichen Enteignungsrechts geleistet hat. Der Komplex der sog. "Entkolonialisierung" dürfte neue Probleme in dieser Richtung aufwerfen.

1) S. oben S.394, Fn.1 .

2) So der Fall Cotesworth and Powell zw. dem Vereinigten Königreich und Kolumbien, Stuyt No.102.

3) So das Vereinigte Königreich in der Sache Yuille, Shortridge & Cie., Stuyt No.67; der Fall Fabiani zw. Frankreich und Venezuela, Stuyt No.165; der Fall Martini e Ca. zw. Italien und Venezuela, Stuyt No.337.

4) Italien intervenierte 1890 in Persien mit der Begründung, die Besteuerung seiner Staatsangehörigen verstoße gegen geltende Verträge, Stuyt No.161.

(4) Zwei atypische Fälle lassen sich nachweisen, in denen interveniert wurde mit der Begründung, das Recht des Gebietsstaates sei fehlerhaft angewendet worden[1]. Im Falle Croft stellte aber der als Schiedsgericht angerufene Senat der Stadt Hamburg fest, daß die fehlerhafte Anwendung des eigenen Rechts durch ein Gericht des Gebietsstaates nicht genüge, um bereits dessen völkerrechtliche Haftung zu begründen[2]. Der Fall Edmond Narik zwischen den Niederlanden und Griechenland[3] betraf die Frage, wieweit der Verkauf von Waren durch eine griechische Behörde im Wege der Zwangsvollstreckung ein angebliches Pfandrecht Nariks auf diese Waren verletzte. Das Schiedsgericht verneinte das Bestehen des behaupteten Pfandrechtes.

(5) Eine weitere Gruppe von Fällen, in denen sich Schiedsgerichte mit Fragen des Erbrechts befaßten, gehört nicht in diesen Rahmen, denn es handelte sich jeweils um die Nachfolge in dynastische Rechte, also letztlich um Fragen des Staatsrechts und nicht des Privatrechts[4].

c) So bleiben lediglich noch einige Fälle, bei denen der Protest eines Staates nicht zum Austrag im schiedsgerichtlichen Verfahren führte.

Die Zahl der bekannt gewordenen Fälle ist gering und sie liegen alle vor dem 20. Jahrhundert. N u s s b a u m [5] berichtet, ein Seminar, das Professor J e s s u p an der Columbia Universität gehalten hatte, habe nur drei Fälle zutage gefördert:

(1) Im Jahre 1851 intervenierte der Botschafter der USA in Mexico, weil Mexico unter dem Einfluß der katholischen Kirche Ehen, die in USA nach Ortform geschlossen worden waren,

---

1) Affäre Croft zw. dem Vereinigten Königreich und Portugal, Stuyt No.50, Affäre Edmond Narik zw. den Niederlanden und Griechenland, Stuyt No.310.

2) De L a p r a d e l l e - P o l i t i s , Bd.II, S.1 ff.

3) Stuyt, No.310.

4) Stuyt, No.18 und No.199.

5) Grundzüge des internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts, S.23 Fn.26.

die Anerkennung verweigert unter Berufung auf das kanonische Recht[1]. Die USA beriefen sich auf "the almost universal rule", daß "a marriage is valid if it has been contracted according to the laws of the place where the ceremony was performed". Die Intervention blieb aber erfolglos[2].

(2) In den Jahren 1861 bis 1863 kam es zu Verhandlungen zwischen England und Peru, denen folgendes Geschehen zugrunde lag[3]: Der englische Staatsangehörige Winder, der im Sinne des englischen Rechts domicile in England hatte, starb in England. Er hatte dort ein Testament errichtet und seinen Schwiegersohn, Captain Henry de Wolfe Carvell zum "executor" eingesetzt. Der Court of Probate hielt das Testament für gültig. Zum Nachlaß gehörten Grundstücke in Peru. Als de Wolfe Carvell, ausgestattet mit ordnungsgemäßen Letters of Administration in Peru erschien, machte ihm die Witwe des Erblassers, eine peruanische Staatsangehörige, die sich von ihrem Ehemann getrennt hatte und seit langem in Lima lebte, Schwierigkeiten. Sie klagte vor einem peruanischen Gericht mit dem Antrag, festzustellen, daß das Testament ungültig sei. Das Gericht wies den Einwand de Wolfe Carvells, der sich auf Rechtskraft der englischen Entscheidung berief, zurück. Daraufhin wurde der englische Geschäftsträger in Lima vom Foreign Office aufgefordert:

> "you will, at all events, complain of the want of comity shown by their legal authorities in not recognizing the law courts of the place of domicile admitted to be in England as the competent court to try the question of the validity of the will, at least so far as the personal property is concerned; and you will press for a decision on this point from the Peruvian Government, which contrary to general usage, they have thought proper to try themselves."

---

1) Nach M o o r e , International Law Digest, Bd.II, S.484 ff.

2) S t e v e n s o n , Columbia Law Review Bd.52, 1952, S.582.

3) Nach B r u n s , Fontes Juris Gentium, B I Tom.1 Pars 1, S.454 f.

Das Foreign Office wollte also der englischen Auffassung des Internationalen Privatrechts als einer allgemeinen Übung Geltung verschaffen. Über den Ausgang der Intervention wird nichts berichtet.

(3) 1868 kam es zu einem Konflikt zwischen den USA und der Schweiz[1]. Eine Schweizerin war in die USA ausgewandert und hatte sich in Philadelphia mit einem US-Staatsangehörigen verheiratet. Aus dieser Ehe ging ein Kind hervor.

Die Frau starb kurz vor ihrem in der Schweiz lebenden Vater, ihr Kind war der einzige Erbe gemäß einem Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den USA über die Regelung von Nachlaßfällen. Die Behörden des Kantons Aargau verweigerten dem Kind die Ausfolgung der Erbschaft, mit der Begründung, die Ehe der Frau sei unter Mißachtung der vom schweizerischen Recht vorgeschriebenen Form geschlossen worden, obwohl sie im Zeitpunkt der Eheschließung noch Schweizerbürgerin gewesen sei, die Ehe sei daher nach schweizerischem Recht nichtig, das Kind unehelich. Als solches habe es kein Erbrecht. Auf die Intervention des Geschäftsträgers der USA erkannte der Bundesrat an, daß der Sohn Staatsangehöriger der USA sei und daß sich seine Ehelichkeit daher nach deren Recht bestimmen müsse. Die Entscheidung der kantonalen Behörden wurde aufgehoben.

(4) André W e i s s berichtet einen weiteren Fall, der zu einem Notenwechsel zwischen Frankreich und Chile führte[2]. Art.14 des chilenischen Codigo civil v. 1855 bestimmt, daß das Gesetz verbindlich sei für alle Einwohner der Republik, einschließlich der Ausländer. Auf einen Protest Frankreichs

---

1) United States Foreign Relations, 1868, Part II, S.189 ff.

2) Traité théorique et pratique de droit international privé, Bd.III, S.255.

stellte der chilenische Minister Verga fest, diese Bestimmung wolle nur die capacité für Rechtsgeschäfte regeln, die in Chile rechtliche Wirkungen haben oder vor chilenischen Gerichten geltend gemacht werden sollen. Immerhin wurde also nach der offiziellen Auffassung lex territorii und lex fori gleichgesetzt.
Zu einer Änderung der Bestimmung führte der französische Protest offensichtlich nicht.
Andere Beispiele bringt Friedrich von M a r t e n s [1] aus der Praxis des russischen Kaiserreichs.
(5) 1745 war es zwischen dem russischen Kaiserreich und der Stadt Hamburg über das Verhalten des russischen Residenten in einer Nachlaßsache zu einem Notenaustausch gekommen. Dieser Fall betrifft aber mehr das Recht der Konsuln als Fragen des Privatrechts[2].
(6) Als 1833 ein Inder englischer Staatsangehörigkeit in Rußland starb, erhob sich um seinen Nachlaß zwischen mehreren Prätendenten erbitterter Streit, der durch einen Machtspruch des Zaren entschieden wurde. Als der durch diesen Machtspruch begünstigte Erbe vor dem Empfang der gesamten Erbschaft verstarb, wurde der nicht ausgezahlte Rest als erbloses Gut eingezogen. Dagegen protestierte England, das die Erbmasse den nach englischem Recht berechtigten Erben zukommen lassen wollte. Der Protest wurde zurückgewiesen, weil die Erben nicht in der vom russischen Recht vorgeschriebenen Frist ihre Ansprüche geltend gemacht hätten[3].
(7) Der österreichische Staatsangehörige Graf Esterhazy hatte die in Rußland gültig geschiedene Gräfin Apraxin geheiratet. Die Ehe wurde in Österreich nicht anerkannt, da die

---

1) Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisierten Nationen, Bd.II.

2) AaO., S.327.

3) AaO., S.324 f.

Gräfin als Nichtkatholikin nach dem in Österreich maßgeblichen kanonischen Recht weiter als verheiratet galt. Der österreichische Gesandte in St. Petersburg intervenierte bei der russischen Regierung mit einer Note, die den Antrag enthielt, die Ehe auch für Rußland ungültig zu erklären. Die russische Regierung wies dieses Ansinnen durch einen Hinweis auf das geltende russische Recht zurück[1].

Diese Fälle geben kein einheitliches Bild. Sie haben kaum je zu einer überzeugenden Lösung geführt, die mit den Wirkungen eines Rechtsspruches verglichen werden könnten.
Ihr Wert als Präzedenzfall ist also gering. Dagegen läßt sich aus dem gesamten Überblick eine Erkenntnis gewinnen:
Die Fälle, in denen sich Staaten interessiert und daher zur Intervention veranlaßt fühlten, handeln in der Regel von hoheitlichen Eingriffen in privatrechtliche Beziehungen, nicht aber von den privatrechtlichen Beziehungen selbst.
Die These K e g e l s : "Privatrecht interessiert die Staaten wenig und deswegen hat sich auch hier kein faßbares Völkerrecht gebildet"[2] trifft also zu.
Daher kann sich der Versuch, völkerrechtliche Grundlagen des Internationalen Privatrechts zu ermitteln, nur der Methode bedienen, völkerrechtlich anerkannte Rechtspositionen zu entfalten und zu diesem Zweck die relevanten Situationen zu bestimmen.

III. Die völkerrechtsgemäße Qualifikation der Begriffe des Internationalen Privatrechts

Das Internationale Privatrecht arbeitet mit Begriffen, die auch im Völkerrecht auftauchen wie: Inländer, Ausländer, Inland, Ausland. Diese Begriffe werden im Völkerrecht als Rechtspositionen durch eine Reihe von Geboten und Verboten näher konkretisiert. Daraus lassen sich gewisse Schlüsse zur Interpretation ziehen.

---

1) AaO., S.305.
2) IPR, S.6.

1. Dient ein solcher Begriff der Bestimmung von Rechtspositionen des eigenen Staates, also zur Anknüpfung an das eigene Staatsgebiet oder die eigene Staatsangehörigkeit, so kann hier der Grundsatz eingreifen, daß völkerrechtswidriges Handeln der eigenen Organe, sei es des Gesetzgebers, sei es der Gerichte, nicht vermutet wird, daß also die so gebildeten Begriffe nicht dem eigenen Staate eine Position einräumen wollen, die über die vom Völkerrecht gewährte hinausgeht. Dies gilt umsomehr, als ja eine Grenzüberschreitung die Nichtigkeit der Norm zur Folge haben kann. Knüpft eine Grenznorm, also das eigene Recht, an die inländische Staatsangehörigkeit an, so ist sie so zu verstehen, daß die Anknüpfung nicht Personen betrifft, deren Inanspruchnahme durch den eigenen Staat eine fremde Personalhoheit verletzen würde. Gleiche Erwägungen müssen für den Begriff des Inlands dessen Auslegung auf das vom Völkerrecht abgegrenzte eigene Staatsgebiet beschränken.

2. Damit ist dem Anknüpfungsbegriff nur der äußerste Rahmen gezogen; denn der oben dargelegte Gedanke schließt nicht aus, daß der Begriff enger interpretiert wird, als das Völkerrecht dies erlauben würde. Aus dem Zweck einer Grenznorm könnte sich ergeben, daß der in ihrem Tatbestand verwendete Begriff der inländischen Staatsangehörigkeit oder des Inlandes enger verstanden werden muß als die gleichen Begriffe im Völkerrecht.

3. Wesentlich schwieriger sind die Probleme, die sich bei der Auslegung des Rechtsanwendungsbefehls stellen. Auch hier kann davon ausgegangen werden, daß ein Rechtsanwendungsbefehl so auszulegen sei, daß er nicht gegen Völkerrecht verstoße. Da der Rechtsanwendungsbefehl aber auf fremdes Recht gerichtet ist, kann sich ein Verstoß gegen das Völkerrecht daraus ergeben, daß durch die Anwendung des fremden Rechts als solches die völkerrechtlichen Rechte eines dritten Staates verletzt werden; also etwa dessen Personalhoheit oder Gebietshoheit, auf Grund deren er den Anspruch erhebt, daß sein Recht auf den Sachverhalt Anwendung finden müsse.

IV. Ein dritter Berührungspunkt zwischen dem Völkerrecht und dem Internationalen Privatrecht ergibt sich dann, wenn die IPR-Norm ihre Funktion erfüllt und ein fremdes Recht zur Anwendung berufen hat. Dieses fremde Recht kann völkerrechtswidrig sein:
(1) Weil die fremde Staatsangehörigkeit erteilt wurde unter Verstoß gegen die völkerrechtlichen Grenzen der Personalhoheit;
(2) weil der fremde Staat eine völkerrechtswidrige Hoheit auf dem Gebiet ausübt, dessen lex loci angewendet werden müßte;
(3) weil der fremde Staat sein an sich zur Anwendung berufenes Recht über den ihm vom Völkerrecht gezogenen Rahmen hinaus ausgedehnt hat;
(4) weil der fremde Staat eine privatrechtliche Rechtsposition unter Verstoß gegen das Völkerrecht begründet hat, etwa durch eine völkerrechtswidrige Konfiskation.

Kennzeichnend für diese Fälle ist, daß der Rechtsanwendungsbefehl nicht in seiner allgemeinen Wirkung, sondern in dem konkreten Ergebnis, zu dem er führt, einen Völkerrechtsverstoß darstellen kann. Es kann sich also nicht um eine allgemeine inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsanwendungsbefehls handeln, sondern um die Pflicht, eine Ausnahme zu treffen.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen:
(I) Das Völkerrecht kann die Ausgestaltung des Internationalen Privatrechts unmittelbar beeinflussen
   (1) durch das Verbot, in bestimmter Weise hoheitlich in privatrechtliche Rechtsverhältnisse fremder Staatsangehöriger einzugreifen;
   (2) durch das Verbot, bei der Ausgestaltung des eigenen Grenz- und Rechtsanwendungsrechts die Gebiets- und Personalhoheit fremder Staaten zu verletzen.
(II) Das Völkerrecht kann mittelbar auf die staatlichen Regeln des Internationalen Privatrechts einwirken
   (1) durch die Pflicht, die Rechtsbegriffe des Grenz- und

Rechtsanwendungsrechts so zu definieren, daß sie nicht gegen völkerrechtliche Pflichten des eigenen Staates verstoßen;
(2) durch die möglicherweise bestehende Pflicht, fremdes Recht, das inhaltlich gegen Völkerrecht verstößt oder das in völkerrechtswidriger Weise die Gebiets- oder Personalhoheit beansprucht, von der Anwendung auszuschließen.

§ 25
Das von den internationalen Gerichten entwickelte Rechtsanwendungsrecht

I. Da Rechtsprobleme, die dem Bereich des Grenz- und Rechtsanwendungsrecht angehören, auch im Rahmen eines völkerrechtlichen Rechtsstreits auftreten können, müssen internationale Gerichte dafür Entscheidungsmaximen finden, deren Standort und Bedeutung im Rahmen des Völkerrechts zu überprüfen ist. Dazu ist es aber vorweg nötig, die Funktion dieser Regeln festzustellen, was wiederum voraussetzt, daß die typischen Fälle geklärt werden.

1. Der StIGH mußte sich mit Fragen des Internationalen Privatrechts nur im Falle der serbischen und der brasilianischen Anleihen befassen[1].
Diesen Entscheidungen lagen Fälle folgender Struktur zugrunde:
Der beklagte Staat (das Königreich der Serben, Kroaten und Slovenen, als Rechtsnachfolger des Königreichs Serbien, bzw. die Vereinigten Staaten von Brasilien) hatte vor dem Ersten Weltkrieg Staatsanleihen durch Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen an verschiedenen Plätzen aufgenommen. Die Wertpapiere versprachen in verschiedenen Wendungen Rückzahlung in Goldfranken. Staatsangehörige des Klägers (Frankreich) hatten solche Papiere gekauft. Nach dem Ende des Ersten Weltkrieges zahlten die beklagten Staaten die anfallenden Zinsen in Papierfrancs, deren Kurs sich ständig verschlechterte. Die privaten Gläubiger verweigerten die Annahme der Zahlung in Papierfrancs, der klagende Staat nahm sich der Rechte seiner Staatsangehörigen an. Die völkerrechtliche Grundlage des Streites liegt darin, daß der beklagte Staat kraft Völkerrechts dem Kläger gegenüber verpflichtet ist, die Anleiheverträge ordnungsgemäß zu erfüllen[2]. Diese Pflicht hängt wiederum von der Entscheidung der Vorfrage ab, welche Pflichten der beklagte Staat durch die Ausgabe der Anleihe einge-

1) C.P.J.I., Sér. A No.20 und 21.
2) S. oben S. 394.

gangen ist. Das ist - wie der Hof zu Recht betont[1] - eine Frage des staatlichen Rechts. Also muß dazu ermittelt werden, welchem Recht die Anleihe unterliegt. Jedes nationale Gericht würde diese Frage nach dem Rechtsanwendungsbefehl seines Internationalen Privatrechts lösen müssen. Für den StIGH ist lex fori aber allein sein Statut, das ihm aber nur einen Rechtsanwendungsbefehl auf das Völkerrecht, aber auch die Ermächtigung zur Rechtsschöpfung nach den Allgemeinen Rechtsgrundsätzen erteilt.
Der StIGH geht nun in folgenden Stufen vor:

a) Er stellt fest, daß sich die Schuldverhältnisse nach dem Privatrecht des Staates bestimmen, der die Anleihe aufnimmt, denn[2]:

> "... un État souverain ... ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet, à une autre loi que sa loi propre."

Dieser Satz entsprach der damals herrschenden Lehre[3]. Bemerkenswert ist aber, daß sich der StIGH nicht die Mühe macht zu prüfen, ob er auch in den am Verfahren beteiligten Staaten gilt.

b) Weiter prüft das Gericht die Bedeutung des Begriffes "francs-or" in den Schuldverschreibungen und zwar nicht nach den Auslegungsregeln des als Schuldstatut anerkannten serbischen bzw. brasilianischen Rechts, sondern ohne Bezugnahme auf irgend ein nationales Recht
(1) nach der Absicht der "Parteien"[4] sich gegen die Wertschwankungen abzusichern[5];
(2) nach der Bedeutung des Begriffs im französischen Recht[6] und nach seiner Verwendung in internationalen Verträgen[7];
(3) nach den Auslegungsregeln, daß im gleichen Text der spezielle Begriff dem allgemeineren vorgehe[8] und daß Unklarheiten contra proferentem[9] auszulegen seien.

---

1) No.20, S.17.
2) Serb., S.42, entspr. brasil., S.122.
3) S c h n i t z e r , WVR III, S.329.
4) Der Begriff bedeutet im Urteil Gläubiger und Schuldner.
5) Serb., S.32. 6) Serb., S.34, brasil., S.118.
7) Serb., S.33 f. 8) Serb., S.30. 9) Brasil., S.114.

c) Die Beklagten wendeten ein, die Gläubiger hätten in den ersten Jahren nach dem Krieg den Zinsendienst in Papierfrancs entgegengenommen. In diesem Zusammenhang prüft das Gericht,
(1) ob darin die Präzisierung des an sich zweideutigen Vertrages liege und lehnt dies ab, weil eine solche "ambiguité" nicht gegeben sei[1];
(2) ob dadurch den Gläubigern der Einwand des "estoppel" entgegenstehe, was ebenfalls aus konkreten Sachverhaltsgründen verneint wird[2].
Bemerkenswert ist aber, daß das Gericht keinesfalls auf die Privatrechtsordnungen der beteiligten Staaten zurückgreift, sondern die Einwendungen gleichsam autonom prüft.

d) Weiterhin beriefen sich die Beklagten auf "force majeure". Das Gericht wies diese Einwendung zurück, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wieweit sie innerhalb der Rechtsordnungen der beteiligten Staaten anerkannt wurde[3].

e) Erst im Zusammenhang mit dem französischen Recht, das Goldklauseln verbietet, geht das Gericht auf nationales Recht ein, mit der Feststellung, es fühle sich insoweit an eine ständige Rechtsprechung des höchsten nationalen Gerichtes gebunden. Daher akzeptiert es auch die französische These, das Goldklauselverbot des französischen Rechts betreffe nicht internationale Anleihen[4].

Die beiden Urteile erwecken beim Leser eine gewisse Unsicherheit, die damit zusammenhängt, daß der Hof, seiner Gewohnheit folgend, nicht aufhellt, welchen Rechtsquellen er seine Entscheidungsmaximen entnimmt. Gerade weil er im Fall des letztgenannten französischen Gesetzes streng auf dessen nationalen Charakter und dessen nationale Interpretation abstellt, erscheint es umso seltsamer, daß er die übrigen Argumentationen ohne Bezug zu irgendeiner Rechtsordnung entwickelt, gleichsam im luftleeren Raum, nachdem er festgestellt hat,

1) Serb., S.38, Bras., S.119.
2) Serb., S.38 f.
3) Serb., S.39 f., Bras., S.220.
4) Serb., S.46 f., Bras., S.124.

daß die sich aus der Anleihe gegenüber den privaten Gläubigern ergebenden Pflichten nicht dem Völkerrecht unterliegen. Diese Lücke in den Gründen hindert aber nicht, das Urteil als sachrichtig anzuerkennen. Die komplexe Beziehung von Völkerrecht und nationalem Recht ist im Ergebnis richtig erfaßt. Im konkreten Fall waren drei Rechtsordnungen miteinander verbunden:

(1) Das Völkerrecht: der Schuldnerstaat ist kraft Völkerrechts dem Staate, dem die Gläubiger angehören gegenüber verpflichtet, seine Schuldnerpflichten zu erfüllen. Diese völkerrechtliche Pflicht geht natürlich nicht weiter als die sich aus der Anleihe ergebende privatrechtliche, so daß letztere als Vorfrage nach staatlichem Recht zu bestimmen ist[1].

(2) Das anzuwendende staatliche Recht ist das Schuldstatut, dem die gesamte Anleihe unterliegt. Als dieses Wirkungsstatut nahm der Gerichtshof das nationale Recht des Schuldnerstaates an. Nach diesem Wirkungsstatut müssen sich auch die schuldbefreienden Tatbestände richten, so daß also die Frage nach der Verwirkung, nach der force majeure, aber auch nach der Vertragsauslegung nach dem nationalen Recht des Schuldnerstaates zu beurteilen wäre. Nun wird aber im Falle einer internationalen Anleihe auch ein nationaler Richter nicht an den Begriffen einer bestimmten Rechtsordnung kleben, wenn er den Interessen aller Beteiligten gerecht werden will, denn die Anwendung der Rechtsordnung des Schuldnerstaates allein könnte auch den Absatz der Anleihe erschweren. Vielmehr wird er eine Art jus gentium anwenden, ein "internationales" Börsen- und Bankrecht, das dem Umstand Rechnung trägt, daß eine solche Anleihe durch Vermittlung internationaler Großbanken aufgelegt zu werden pflegt.

---

1) Diese völkerrechtliche Pflicht erfüllt lediglich die Funktion dem Schuldnerstaat ein allzu billiges Loskommen von seiner Schuld, etwa durch ein nationales Gesetz, zu verwehren; grundsätzlich entstehen gegenüber dem ausländischen Anleihegläubiger von vornherein keine größeren Pflichten, als gegenüber dem inländischen, d.h. keine größeren Pflichten, als sich aus dem privatrechtlichen Rechtsgeschäft ergeben. Daher ist dieses auch für die Bestimmung der völkerrechtlichen Verpflichtung von größter Bedeutung.

Dieses jus gentium ist aber seiner Rechtsquelle nach nationales Recht, es verändert das Recht des Schuldstatus nur dadurch, daß dessen Besonderheiten, mit denen der Käufer einer solchen Anleihe im Ausland nicht zu rechnen braucht, ausgeschlossen werden:

- indem das Schuldverhältnis aus dem Text der Schuldverschreibung heraus, ohne Auslegung der Begriffe im Sinne des nationalen Rechts des Schuldnerstaates verstanden wird;
- indem sich der Schuldnerstaat nicht auf Befreiungsgründe berufen kann, die lediglich auf seinem Recht beruhen und nicht in allen Rechtskreisen, insbesondere in den Rechtsordnungen der großen Handelsstaaten anerkannt sind[1].

Überprüft man die Gerichtsentscheidung unter diesem Gesichtspunkt, so ist festzustellen, daß ein nationaler Richter auch nicht anders hätte entscheiden können. Das erlaubt die Feststellung, daß der StIGH die Gründe, die von den Beklagten zur Schuldbefreiung angeführt wurden, nicht anders behandelt, als dies ein staatlicher Richter auch getan haben würde. Die vom Gericht angeführten Grundsätze, die an sich den Verdacht erwecken, als habe sie der Hof im Sinne von Allgemeinen Rechtsgrundsätzen verstanden, wurden in Wirklichkeit als nationales Recht des Schuldstatuts angewendet. Der StIGH hat also das Internationale Privatrecht so behandelt, wie dies ein nationaler Richter auch getan haben würde. Damit lassen sich aus diesen Entscheidungen keine Völkerrechtssätze gewinnen.

2. Auch dem IGH wurde ein Fall unterbreitet, bei dem Fragen des Internationalen Privatrechts den Ausgangspunkt bilden[2].

a) Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Schweden und die Niederlande waren beide Vertragspartner der Haager Vormundschaftskonvention von 1902.

---

1) Es liegt ein absolut internationaler Sachverhalt im Sinne S t e i n d o r f f s vor, s. oben S.154.

2) Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède). C.I.J. 1958, S.55 ff.

Die minderjährige niederländische Staatsangehörige Elisabeth Boll lebte in Schweden. Nach dem Tode ihrer Mutter wurde ihr Vater nach Art.378 des niederländ. BWB ihr Vormund. Diese Rechtsposition wurde in Schweden auch anerkannt.
Durch eine Entscheidung des örtlich zuständigen schwedischen "barnavardsnämnd"[1] wurde Elisabeth Boll der "skyddsuppfostran" auf Grund des Art.22a des schwed. Gesetzes vom 6.6.1924 unterworfen[2].
Der Vater wurde durch eine Entscheidung des niederl. Gerichts in Dordrecht seines Amts als Vormund enthoben und die niederl. Staatsangehörige Catharina Postema als Vormund bestellt. Das Gericht stellte weiter fest, daß das Mündel dem neuen Vormund zu übergeben sei. Darauf wurden auch in einem sich durch mehrere Instanzen hinziehenden Verfahren vor schwedischen Gerichten der Vater wie der Gegenvormund ihrer Funktionen enthoben.
Das verwaltungsgerichtliche Verfahren gegen die Verhängung der "skyddsuppfostran" erschöpfte zweimal den Instanzenzug, blieb aber im Ergebnis ohne Erfolg. Der Entscheidung des niederländischen Gerichts wurde nicht Rechnung getragen. Im Zeitpunkt des Verfahrens war Elisabeth Boll noch in Schweden.

b) Die Niederlande erblickten in diesem Verhalten der schwedischen Behörden einen Verstoß gegen die Vormundschaftskonvention. Sie baten den Gerichtshof, festzustellen, daß die schwedische Maßnahme gegen die Konvention von 1902 und damit gegen die daraus für Schweden erwachsenen Pflichten verstieß und daß Schweden verpflichtet sei, die beanstandeten Maßnahmen aufzuheben.

---

1) Amtl. französ. Übersetzung: "office pour la sauvegarde des enfants" (Plaidoirie S.40).
Frz. Übersetzung im Urteil: "office des mineurs"; engl. Übersetzung im Urteil: "Child Welfare Board". (S.63)
Zu den Funktionen dieses Amtes s. das schwed. Contre-Mémoire, Plaidoirie S.40.

2) Amtl. französ. Text des Urteils: "éducation protectrice" (S.52); engl. Übersetzung: "protective upbringing". Zur Rechtsnatur dieses Instituts s. das schwed. Contre-Mémoire, Plaidoirie, S.40.

Schweden wandte im wesentlichen ein:
- Die beanstandeten schwedischen Maßnahmen würden von der Konvention von 1902 überhaupt nicht betroffen,
- das schwedische Gesetz vom 6.6.1924 stelle eine "loi d'ordre public" dar, das von der Konvention nicht ausgeschaltet werden könne.

c) Das Gericht stellte fest:
Aus dem Verfahren ergebe sich, daß die schwedischen Behörden die Rechtsposition des niederländischen Vormunds, Frau Postema anerkannt hätten[1].
Durch die der "skyddsuppfostran" werde das Recht des Vormunds in der Tat eingeschränkt[2]. Die Konvention von 1902 könne aber schon aus dem Zweck, den sie verfolge, nicht so verstanden werden, als würde sie Maßnahmen, wie die von den schwedischen Behörden getroffenen verbieten.

Die Konvention wolle auf einem Teilgebiet des Internationalen Privatrechts einheitliche Lösungen schaffen, indem sie die beteiligten Staaten verpflichte, aus den verschiedenen möglichen Anknüpfungspunkten die Staatsangehörigkeit als den entscheidenden anzuerkennen[3].

Sie wolle aber nicht alle Maßnahmen des Wohnsitzstaates verbieten, die das Verfügungsrecht des Vormunds irgendwie einschränkte. Der Gerichtshof stellt insoweit das einschlägige schwedische Gesetz auf die gleiche Stufe mit der gesetzlichen Regelung der Schulpflicht oder der obligatorischen ärztlichen Überwachung der Kinder[4], wobei er hervorhebt, daß die mit dem schwedischen Gesetz verfolgten Zwecke, nämlich der Schutz der Gesellschaft vor dem kriminellen oder zumindest gefährdeten Jugendlichen erst nach der Unterzeichnung der Konvention in ihrer vollen Tragweite bewußt geworden seien. Man könne daher nicht annehmen, daß die Konvention

---

1) S.65 f.
2) S.66 f.
3) S.67, 69, 70, 71.
4) S.68.

dem sozialen Fortschritt im Wege stehen wolle[1]. Der Gerichtshof entschied mit zwölf zu vier Stimmen zugunsten Schwedens[2], ohne die Frage aufzugreifen, wieweit sich ein Staat gegenüber völkerrechtlichen Pflichten auf seinen ordre public berufen kann[3].

---

1) S.71. Den Unterschied von Konvention und schwedischem Gesetz stellt das Gericht in folgenden Worten dar (S.69):
"La Convention de 1902 a admis que la tutelle, pour atteindre son but de protection individuelle, a besoin d'être régie par la loi nationale du mineur; pour atteindre son but de garantie sociale qui est le sien, la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse a besoin de s'appliquer à toute la jeunesse vivant en Suède."

2) Gegen das Urteil stimmten die Richter: K o j e v n i k o v, dieser, ohne seine Meinung besonders zu begründen, sowie die Richter W i n i a r s k i , C ó r d o v a und der Richter ad hoc O f f e r h a u s .
Richter W i n i a r s k i gründet seinen Widerspruch entscheidend auf die These, die Anwendung des Wohnsitzrechts dürfe nicht dazu führen, daß das Mündel im Wohnsitzstaat gegen den Willen des Vormunds verbleiben müsse (S.136).
Richter C ó r d o v a geht davon aus, daß kein völkerrechtlicher Vertrag dadurch umgangen werden könne, daß ein staatliches Gesetz, dessen Wirkungen gegen den Vertrag verstoßen, einen anderen Zweck verfolge (S.140 f.). Daher könnten die schwedischen Maßnahmen nur auf Art.7 der Konvention gestützt werden, der nur unaufschiebbare Maßnahmen zulasse (S.442 ff.). Darum sei das Verhalten Schwedens zumindest durch die lange Dauer, die über die unaufschiebbaren, notwendigen Maßnahmen hinausgehe, als Vertragsverletzung anzusehen.
Richter O f f e r h a u s stellt auf Grund der Entstehungsgeschichte der Konvention von 1902 fest, daß alle Maßnahmen, die dem Schutz des Minderjährigen dienen, unabhängig von der nationalen Qualifikation, von dem Prinzip der Nationalität erfaßt werden sollten. Da die schwedischen Maßnahmen zum Schutze des niederländischen Mädchens getroffen worden seien, verstießen sie gegen die Konvention (S.146 ff.).

3) So ausdrücklich S.70 des Urteils. Dieses Problem, das auch in einigen Sondervoten eine Rolle spielte, ist unten, S.[499] noch einmal aufzugreifen.

3. Probleme des Internationalen Privatrechts beschäftigen in hohem Grade die nach dem Ersten Weltkrieg eingerichteten Gemischten Schiedsgerichte.

a) Diesen Gerichten lagen folgende tatsächlichen Vorgänge zugrunde:
In Art.231 des Friedensvertrages von Versailles hatten die Siegermächte dem Deutschen Reich die Verantwortung für den Krieg auferlegt[1]. Die juristische Folge dieser Klausel war die Pflicht, allen durch den Krieg entstandenen Schaden zu ersetzen. Dazu stellte der Vertrag zwei voneinander getrennte Systeme auf[2]. Das Reparationssystem erfaßte alle Schäden, die durch die Kriegshandlungen im Gebiet der Siegermächte entstanden und weiter den Ersatz für alle Schäden, die Angehörige der Siegermächte an Leib und Leben erlitten hatten.

Für Vermögensschäden alliierter Staatsangehöriger durch Kriegsmaßnahmen Deutschlands in seinem eigenen Staatsgebiet wurde dagegen ein besonderes, hier allein interessierendes Ersatzsystem begründet. Es ging dabei im wesentlichen[3] um zwei Problemkreise:

- 1. Die vor dem Krieg oder während des Krieges fällig gewordenen Ansprüche alliierter Staatsangehöriger aus privatrechtlichen Rechtsverhältnissen gegen Personen,

---

1) Die Beschränkung der Darstellung auf Deutschland hat nur paradigmatische Bedeutung. Die Friedensverträge von St.Germain, Trianon und Neuilly enthielten entsprechende Bestimmungen und warfen daher auch entsprechende Probleme auf.

2) S. dazu S c h ä t z e l , Jahrbuch des öffentlichen Rechts Bd.18, 1930, S.434.

3) Nähere Einzelheiten über die Zuständigkeit der Gemischten Schiedsgerichte bei S c h ä t z e l , aaO., S.380 ff. und C a r a b i b e r , Les juridictions internationales de droit privé, S.182 ff.

die auf deutschem Staatsgebiet wohnen[1].

- 2. Schadensersatzansprüche für Maßnahmen, die im Gebiet des deutschen Reiches gegen das Vermögen alliierter Staatsangehöriger getroffen wurden[2].
- 3. Die Erfüllung bestimmter, vor Kriegsausbruch geschlossener privatrechtlicher Verträge nach Wahl der Siegermacht[3].

Da die Siegerstaaten die Entscheidung über diese Fragen nicht den deutschen Gerichten anvertrauen wollten, bestimmten sie in Art.304 FVV die Einsetzung gemischter Schiedsgerichte[4]. Diese Gerichte sind als völkerrechtliche Gerichte anzusehen, denn die Verbindlichkeit ihrer Entscheidung leitet sich aus einem völkerrechtlichen Vertrag ab[5].

b) Lex fori dieser Gerichte war in erster Linie der Vertrag selbst. Da der jeweilige Friedensvertrag aber keine erschöpfende Regelung aller Fragen enthalten konnte, stellte sich bald das Problem, wieweit die Gerichte ergänzend auf das nationale Recht der Parteien zurückgreifen mußten und wieweit sie zur richterlichen Rechtsschöpfung befugt waren. Die jeweiligen Prozeßordnungen trafen dazu keine Regelung, eine dem Art.38 des Statuts des StIGH entsprechende Vorschrift findet sich nirgends[6].

Die Gemischten Schiedsgerichte sahen sich in diesem Zusammenhang vor folgende Probleme gestellt:

---

1) Art.296 FVV.

2) Art.297 FVV.

3) Art.299 FVV.

4) Zu den Einsetzungsnormen der anderen Gerichte s. C a r a b i b e r , S.188 ff.

5) C a r a b i b e r , S.177 ff.

6) Die Prozeßordnung des Deutsch-Französischen Gemischten Schiedsgerichts (RGBl. 1920, S.526) enthält in Art.99 folgende Vorschrift:
"In allen weder im Vertrag, noch in der gegenwärtigen Prozeßordnung vorgesehenen Fällen wird der Gerichtshof sich von den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit leiten lassen. Er wird alle Maßnahmen und Verfügungen treffen, die ihm zur Erforschung der Wahrheit und zu einer gesunden Anwendung der Grundsätze des Rechts ersprießlich erscheinen."
Eine ähnliche, noch schärfer auf das Prozeßrecht bezogene

i) Schon die Regelung im Friedensvertrag selbst stellte auf die Staatsangehörigkeit der Parteien ab, ohne diesen Begriff zu definieren.

Die Schiedsgerichte bestimmten die Staatsangehörigkeit eines Klägers grundsätzlich nach dem Staatsangehörigkeitsrecht des jeweils in Frage kommenden Staates[1]. Neben der Frage, auf welchen Zeitpunkt es jeweils ankomme, mußten die Gerichte aber auch andere Probleme lösen, die sich vor einem nationalen Gericht nicht in der gleichen Form gestellt hätten.

Ein staatliches Gericht, das zu entscheiden hat, ob eine Person die eigene Staatsangehörigkeit durch Naturalisation erlangt hat, löst diese Frage nach seinem eigenen Staatsangehörigkeitsrecht. Für die Schiedsgerichte gab es ein solches Recht nicht. Sie wandten daher das Recht der früheren und der jetzigen Staatsangehörigkeit kumulativ an[2].

Noch weiter vom staatlichen Recht lösten sie sich bei der Bestimmung der Staatsangehörigkeit juristischer Personen. Zu dieser Frage entwickelte sich keine einheitliche Rechtsprechung. Während das Deutsch-Belgische Gemischte Schiedsgericht auf die in beiden beteiligten Staaten übliche Anknüpfung an den Sitz der Gesellschaft ausdrücklich zurück-

---

Vorschrift enthielt die Prozeßordnung des Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichts in Art.45 (RGBl. 1920, S.1871), die des Deutsch-Belgischen Gemischten Schiedsgerichts in Art.79 (RGBl. 1921, S.107).
Die Prozeßordnungen der anderen Gerichte enthielten überhaupt keine Vorschrift über das anzuwendende Recht.

1) S c h ä t z e l , aaO., S.424 ff., C a r a b i b e r , S.218 ff.

2) Grundlegend das Bulgarisch-Griechische Schiedsgericht in der Sache Grigoriou c. État bulgare, Recueil de la Jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes Bd.III (1924) S.977.

griff[1], löste sich das Deutsch-Französische Schiedsgericht völlig von der überkommenen Auffassung und entwickelte eine eigene Theorie der Anknüpfung an die Kontrolle. Damit griff das Gericht durch die äußere Form der Gesellschaft hindurch und stellte entscheidend auf die Eigentumsverhältnisse ab[2]. Auf diese Weise gelang es ihm, die Zahl der Klageberechtigten wesentlich zu erhöhen[3].

---

1) La Suédoise Grammont c. Roller, Rec. TAM Bd.3 (1923) S.573. Die entscheidende Begründung lautet:
"Attendu que suivant la doctrine et la jurisprudence traditionelle de tous les pays, la nationalité d'une société anonyme est déterminée par le lieu où est établi son siège social, du moment que son établissement n'est pas purement nominal."
(Hervorhebung im Original)

2) Société du Chemin de Fer de Damas Hamah c. Compagnie du Chemin de Fer de Bagdad, Rec. TAM Bd.1 (1921) S.404 ff. Bei der Klägerin handelte es sich in diesem Fall um eine türkische Gesellschaft, die mit französischem Kapital gegründet worden war.
Die aus dieser Entscheidung gewonnene "rule" wird in Rec.TAM Bd.5 (1925) so definiert:
"Attendu que le TAM a posé en principe que, s'agissant de déterminer la nationalité d'une société anonyme, ce n'est pas, pour l'application du Traité de Versailles, le lieu du siège social, qui est décisif, mais bien le "contrôle" auquel la société est soumise en fait et qui s'apprécie notamment par la nationalité de la majorité des administrations et ses actionnaires."
(Hervorhebung im Original)

3) Zu den Hintergründen s. S c h ä t z e l , aaO., S.430 f. Er berichtet aaO. auch über den weiteren Umfang, den die Kontrolltheorie im Rahmen des Art.297 e FVV einnahm. Bemerkenswert ist, daß sich die American-German Mixed Claims Commission der Kontrolltheorie nicht anschloß, als sich dies zuungunsten der amerikanischen Klägerin auszuwirken drohte. Es handelte sich dabei um eine Gesellschaft mit Sitz in New York, deren Aktienkapital nur zu 20 % in den Händen amerikanischer Staatsangehöriger war. Die MCC. berief sich auf die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court und entschied nach der Sitztheorie. (S. dazu C a r a b i b e r , S.227 f.)

Im Falle der Doppelstaater wurde allein darauf abgestellt, ob zu den Staatsangehörigkeiten auch die des jeweiligen Siegerstaates gehörte[1].

ii) Die von den Schiedsgerichten zu entscheidenden Probleme stellten privatrechtliche Vorfragen, die in den Vertragstexten wie in den Prozeßordnungen keine Beantwortung fanden. Gegenüber den sich aus dieser Lücke stellenden Problemen entwickelten die Schiedsgerichte verschiedene Verhaltenstypen.

Sie ließen die Frage nach dem Rechtsanwendungsrecht in den Fällen offen, wo entweder das Internationale Privatrecht der beteiligten Staaten[2] oder das materielle Recht zum gleichen Ergebnis führten[3].

In keinem Falle hielten sie sich an das Rechtsanwendungsrecht eines bestimmten Staates für gebunden, das Deutsch-Französische Schiedsgericht wich sogar unter Berufung auf seine Unabhängigkeit in dieser Frage ausdrücklich vom französischen Grenzrecht ab[4].

---

1) S c h ä t z e l , aaO., S.429 f.

2) Die Judikatur ist zusammengestellt bei G u t z w i l l e r , Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen Bd.3, S.134, Fn.29.

3) G u t z w i l l e r , aaO., S.134, Fn.30.

4) Zeppenfeld c. État allemand, Rec. TAM Bd.6 (1926) S.243 ff. Der Prozeß drehte sich um die Rückerstattung einer Grube, die in Deutschland lag und während des Krieges vom deutschen Feindvermögensverwalter an einen Deutschen verkauft worden war. Der Bekl. bestritt die Aktivlegitimation des Klägers, der nach französ. Recht als curateur des erbenlosen Nachlasses auftrat, unter ausdrücklicher Berufung auf die Rückverweisung des französ. Internationalen Erbrechts auf die lex rei sitae. Das Gericht wich aber ausdrücklich zugunsten des Kl. vom französ. Grenzrecht ab. Die entscheidende Stelle der Urteilsbegründung lautet:

> "Attendu que la première question qui se pose est de savoir quelle loi successorale doit être appliquée aux immeubles situés hors du pays du de cujus; attendu que, pour répondre à cette question, le T.A.M., institution internationale, ne doit pas tenir compte des règles établies par les législations nationales (dans l'espèce, la loi allemande et la loi française) pour résoudre les conflits de droit (Kollisions-Normen) puisque ces règles ne lient que les juges nationaux de chaque pays;

Bei der Entwicklung eines eigenen, richterlichen Rechtsanwendungsrechts fanden die Schiedsgerichte aber keine gemeinsame Methode. Man kann vielmehr zwei grundverschiedene Systeme trennen:

- Das System des Deutsch-Englischen Schiedsgerichtes, das prüfte, welches Internationale Privatrecht anzuwenden sei[1];
- und das System der anderen, romanisch inspirierten Schiedsgerichte, die ihre Aufmerksamkeit von vornherein dem materiellen Recht zuwandten.

---

attendu qu'au contraire il appartient au T.A.M. de rechercher la solution de ladite question d'après les principes généraux du droit international privé."

Unter diese principes rechnet das Gericht den Grundsatz, daß der gesamte Nachlaß dem Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers zu unterwerfen ist. Woraus es dieses principe entnimmt, verrät es nicht.
Weiterhin hatte sich das Deutsche Reich auf sein Erbrecht als Fiskus berufen. Dieses Recht wird vom deutschen Recht als Erbrecht, vom französischen als Regal qualifiziert.
Das Gericht gab im Ergebnis dem deutschen Antrag statt, mit der Begründung:

"que ce droit a son origine dans le principe généralement reconnu, que les biens vacants appartiennent à l'État sur le territoire duquel ils se trouvent."

Es weicht also dem Qualifikationsproblem aus, wobei es keinesfalls eine rechtsvergleichende Untersuchung vornimmt.

1) "Leading case" ist Büsse v. British Manufactoring Stationery Co., Rec. TAM. Bd.7 (1927) S.345 ff. = JW 1928, S.2047.
Das Gericht hat über die Folgen eines Vertrages zwischen einem deutschen Käufer und einem englischen Verkäufer zu urteilen. Der Verkäufer hatte die bestellten Waren vor Kriegsausbruch abgesandt, sie waren aber am 4.8.1914 im deutschen Bestimmungsort nicht eingegangen.
Bei dem Urteil handelt es sich um ein Zwischenurteil über die Frage des anzuwendenden Internationalen Privatrechts. Das Gericht will das Recht anwenden, das für den Vertrag gegolten hätte, wenn Krieg und Friedensvertrag nicht dazwischen gekommen wären.
Dann wendet es das Recht des domicile des Schuldners an, mit der Begründung:

"This latter law will as a rule - it is not here the place to investigate if and in which cases exceptions from the rule would be justified - be most adequately ascertained by following the private international law of the domicile of the debtor."

Die Theorie des Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichts führte einerseits zur Anerkennung der Rückverweisung[1], andererseits zu einer besonderen Stärkung der Schuldnerposition[2].

Die von den romanisch inspirierten Schiedsgerichten vertretene Linie war nicht so einheitlich. Die von der Linie abweichenden Urteile haben aber den Charakter von Ausnahmen[3]. Im ganzen wird weitgehend auf die kontinentaleuropäischen Rechtssätze zurückgegriffen, die Gemeingut allerbeteiligten Staaten, d.h. im wesentlichen des germanischen

---

1) So das Pendant zum Zeppenfeld-Fall vor dem Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgericht, der Fall R.T.S. Tolson v. August Paudler, Rec. TAM. Bd.5, 1925, S.637 ff. Eine in Deutschland lebende Engländerin hatte vor dem Beginn des Krieges einem Deutschen ein hypothekarisch gesichertes Darlehen gewährt. Während des Krieges war sie verstorben. Das Schiedsgericht ging vom Internationalen Privatrecht des Schuldnerdomicile aus, wandte also die Art.25 und 27 EGBGB an und erklärte daher für den in Deutschland belegenen Nachlaß das deutsche Recht für maßgebend.

2) Beispiele bei G u t z w i l l e r , aaO., S.142, Fn.55.

3) Berühmt wurden die Entscheidungen des Deutsch-Rumänischen Gemischten Schiedsgerichts für die in ihnen vertretenen unorthodoxen Theorien.
Zu diesen Entscheidungen gehört die in dem Falle Negreanu fils c. Meyer & Sohn, Rec. TAM. Bd.5, 1925, S.200 ff. = JW 1926, S.423 ff.
Das Gericht unterstellte die Wirkungen eines schuldrechtlichen Vertrages für jede der Parteien dem Recht ihrer Staatsangehörigkeit, wozu es sich ausdrücklich auf seine rechtsschöpferische Funktion berief.

und romanischen Rechtssystems sind[1]. Bemerkenswert ist, daß die Schiedsgerichte nicht den französischen Sachnormen über Eigentums- und Gefahrübergang folgen, sondern der in der IPR-Lehre vorherrschenden Anknüpfung an die lex rei sitae[2].

Bei allen Divergenzen in Einzelheiten ist doch bemerkenswert, daß sich eine einheitliche Rechtsprechung in vielen Teilfragen herausbilden konnte. In dieser Einheit manifestierte sich eine communis opinio, die man als Grundlage eines jus gentium auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts werten könnte, auf jeden Fall aber als Beweis für die Einheitlichkeit des Rechtsbewußtseins.
Als Sätze eines solchen jus gentium traten in der Rechtsprechung der Gemischten Schiedsgerichte hervor: !

---

1) Das hat die Frage der Qualifikation wesentlich erleichtert, s. dazu G u t z w i l l e r , aaO., S.149 ff.

2) Dieses Problem wurde in einer Entscheidung des Deutsch-Belgischen Gemischten Schiedsgerichtes im Falle Bartelous c. État allemand aufgeworfen (Rec. TAM. Bd.3, 1923, S. 274 ff.). Die Klage beruhte auf der Vorschrift des Art.229 FVV, Anhang § 2 litt.a nach Art.303, wonach Verträge, die die Übertragung von Eigentum zum Gegenstand hatten, von der allgemeinen Ungültigerklärung generell ausgenommen wurden, wenn das Eigentum vor Kriegseintritt übergegangen war. In diesem Fall kam es entscheidend darauf an, ob das Traditionsprinzip des deutschen oder das Konsensprinzip des belgischen Rechts die Übereignung beherrschte. Das Gericht ging davon aus, daß das Vertragsstatut das belgische Recht war, da es an den Ort des Vertragsschlusses, Brüssel, anknüpfte. Es trennt aber dann zwischen "effets personnels" des Vertrags und "transfert de la propriété". Für letzteren sei die lex rei sitae, hier also das deutsche Recht maßgebend. Mangels der nach deutschem Recht erforderlichen Übergabe war damit die Voraussetzung der Aufrechterhaltung des Vertrages nicht gegeben.
Weitere, gleichgeartete Entscheidungen s. G u t z w i l l e r , aaO., S.144, Fn.65.
Entscheidungen zum Gefahrübergang stellt G u t z w i l l e r , aaO., S.146 f. zusammen.

1. Die Anknüpfung an den Parteiwillen bei Verträgen[1];
2. die Unterstellung von Verträgen unter das Recht, das zugleich lex loci contractus und lex loci executionis ist[2] ;
3. die Anknüpfung bestimmter Vertragstypen,
   der Mietverträge über Grundstücke an die lex rei sitae[3] ;
   der Arbeitsverträge und der Versicherungsverträge an den Ort des Unternehmens[4];
   der Gesellschaftsverträge an den Sitz der Gesellschaft[5];
   der Börsengeschäfte an den Sitz der Börse[6].

In all diesen Fällen behielt die Natur der Sache von vornherein über jede Spekulation die Oberhand.
Traditionsgemäß wurden auch die überkommenen Anknüpfungen für die Geschäftsführung ohne Auftrag, die ungerechtfertigte Bereicherung und die unerlaubte Handlung verwendet, die Schiedsgerichte hielten es in diesen Fällen nicht für nötig, neue Theorien zu entwickeln[7].

II. Die Bewertung der Rechtsprechung der internationalen Gerichte

Läßt sich aus diesen Entscheidungen irgendeine Basis für ein völkerrechtliches IPR ableiten? Die Antwort auf diese Frage setzt eine Analyse der dogmatischen Position voraus, in die die von den internationalen Gerichten angewendeten IPR Sätze einzuordnen sind.

1. Vorweg ist eine wichtige Unterscheidung zu treffen. Wenn ein völkerrechtliches Gericht einen Rechtssatz anwendet, der weder dem Völkergewohnheitsrecht angehört noch Teil eines völkerrechtlichen Vertrages bildet, so kann es sich dabei um eine Lückenergänzung durch Allgemeine Rechtsgrundsätze handeln oder aber um eine Verweisung vom Völkerrecht auf staatliches Recht. Wenn das internationale Gericht die Aktivlegi-

---

1) G u t z w i l l e r , aaO., S.134.
2) D e r s . , aaO., S.134, Fn.29.
3) D e r s . , aaO., S.142, Fn.57.
4) D e r s . , aaO., S.142, Fn.58.
5) AaO., S.143, Fn.59.
6) AaO., S.143, Fn.60.
7) AaO., S.143, Fn.62 und 63.

timation des Klägerstaates prüft, der diplomatische Protektion ausübt, muß es das Staatsangehörigkeitsrecht des betreffenden Staates anwenden, da die Völkerrechtsnormen über die diplomatische Protektion insoweit auf das staatliche Recht verweisen. Diese Normen des Staatsangehörigkeitsrechts werden auch als staatliches Recht und nicht als Völkerrecht angewendet. Wenn ein Gericht, dessen Urteile Verbindlichkeit aus dem Völkerrecht erlangen, prüft, ob ein Staat durch seine Rechtssetzung Völkerrecht verletzt hat, besteht von vornherein kein Zweifel, daß das zu prüfende Recht als staatliches Recht geprüft wird. Im ersteren Falle ist im Rahmen des Urteilssyllogismusses das nationale Recht Bestandteil des Obersatzes, im zweiten Fall stellt es den Untersatz dar.

Wendet dagegen ein internationales Gericht das Institut des estoppel an, um eine an sich nach strengem Recht bestehende Pflicht zu mildern, so entnimmt es dieses Institut zwar dem Common Law, die Anwendung erfolgt aber nicht als nationales Recht, sondern als völkerrechtliches Richterrecht. Wie der Rechtssatz, den der schweizerische Richter auf Grund der Ermächtigung des Art.1 ZGB bildet, oder der deutsche Richter auf Grund des § 242 BGB dem schweizerischen bzw. deutschen Recht angehört, so sind die Sätze des völkerrechtlichen Richterrechts, auch bevor sie zu Gewohnheitsrecht werden, Sätze des Völkerrechts.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß die Entscheidung im niederländisch-schwedischen Vormundschaftsstreit für die weitere Untersuchung ausscheiden kann. Bei ihr handelt es sich um die Frage der Vertragsverletzung durch staatliches Handeln, wobei es für die Lösung des Falles nicht entscheidend sein konnte, in welchen Rechtsformen sich das schwedische Handeln vollzog. Das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht ergab sich in dieser Entscheidung in einer eindeutigen Konfrontation.
Bei den übrigen hier interessierenden Entscheidungen läßt sich diese Eindeutigkeit nicht feststellen. Die Gemischten Schiedsgerichte haben oft ausdrücklich eine Ermächtigung zur

Schöpfung von IPR-Normen in Anspruch genommen[1]. In diesen Fällen sind die von den Gerichten entwickelten Normen des Internationalen Privatrechts als Völkerrecht anzusehen und es bleibt nur noch ihre Einordnung in die Hierarchie der Völkerrechtsnormen.
In vielen Fällen wurde aber keine eindeutige Bestimmung der Rechtsquelle getroffen. Die Entscheidungen blieben in dieser Frage zweideutig wie das Beispiel des StIGH im Falle der serbischen und brasilianischen Anleihen zeigte[2]. Zumindest zeigt aber die Tatsache, daß sie es unterließen, das in Frage kommende nationale IPR sorgfältig zu ermitteln, daß sie eine gewisse Befugnis beanspruchten, diese nationalen Lösungen zu umgehen und selbständig die Anknüpfung an nationales Recht vorzunehmen.

2. Das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht hängt von der konkreten Konstellation des internationalen Prozesses ab[3]. Diese wirkt sich auch auf die im internationalen Prozeß zu bewältigenden Probleme des Internationalen Privatrechts aus.

a) Verweist die Völkerrechtsnorm auf das nationale Recht, so können grenzrechtliche Probleme auftreten. Da die nach dem jeweiligen nationalen Recht erworbene Staatsangehörigkeit Voraussetzung der Aktivlegitimation des klagenden Staates ist, muß das internationale Gericht auch die Grenznormen des zu prüfenden nationalen Rechts beachten. Das wird dann besonders deutlich, wenn die Staatsangehörigkeit von einer privatrechtlichen Vorfrage wie etwa der Gültigkeit einer Eheschließung abhängt. Da es für einen solchen Prozeß nur darauf ankommt, ob die Staatsangehörigkeit des Klägerstaates (im Falle von Doppelstaatern auch die des beklagten Staates) erworben wurde, ist nur zu prüfen, ob die Ehe nach dem Recht dieses Staates gültig ist und damit, an welches Anknüpfungskriterium das Staatsangehörigkeitsrecht dieses Staates die Vorfrage anknüpft[4]. Das Grenz- und Rechtsanwendungsrecht des Klägerstaa-

---

1) S. oben S. 412 Fn. 4

2) S. oben S. 406

3) S. oben S. 365 ff.

4) Näheres zu diesem Problem bei F r a n c e s c a k i s , RabelsZ 1958, S.466 ff.

tes ist entscheidend, ohne daß für eine völkerrechtliche Rechtsschöpfung des Gerichts weiter Raum bleibt. Das Problem des Widerspruchs zwischen den Rechtssätzen der beteiligten Staaten ist einfach zu lösen, denn nur wenn der in seinen Rechten verletzte Staatsangehörige des Klägerstaates und nicht zugleich auch noch Staatsangehöriger des beklagten Staates ist, kann die Klage Erfolg haben.

b) Nimmt man die entsprechende Analyse bei der Völkerrechtsnorm vor, die einem Staat die entschädigungslose Übereignung fremder Staatsangehöriger verbietet, so zeigt sich: diese Norm setzt voraus, daß der Verletzte vor dem Enteignungakt nach irgendeiner Rechtsordnung Eigentum erworben hat. Die entscheidende Frage weiter lautet aber, ob dieses Eigentum auch von dem enteignenden Staat gemäß dessen Internationalem Privatrecht anerkannt sein muß. Daß dies der Fall ist, ergibt sich schon daraus, daß die Enteignung[1] nach den nationalen Rechten und auch als völkerrechtliches Institut voraussetzt, daß ein Eingriff in eine vorher bestehende vermögenswerte Rechtsposition erfolgte. Die Frage, ob eine unter anderem Recht entstandene Rechtsposition von einem Staat überhaupt anerkannt werden muß, liegt dagegen auf einer anderen Ebene, sie hat mit dem völkerrechtlichen Institut der Enteignung nichts mehr zu tun.
Daraus folgt: Die völkerrechtliche Vorfrage, ob die privatrechtliche Rechtsposition, die angeblich enteignet wurde, überhaupt bestand, ist nach dem Internationalen Privatrecht (d.h. sowohl Grenz- wie Rechtsanwendungsrecht) des Staates zu lösen, dessen angeblicher Eingriff das Verfahren auslöste. Diese These wird noch dadurch erhärtet, daß nur bei dieser Lösung die Voraussetzung der Erschöpfung des nationalen Rechtsweges einen Sinn hat.

---

1) Dabei ist der Begriff Enteignung als Oberbegriff für alle Eingriffe hoheitlicher Art in Vermögenspositionen zu verstehen, unabhängig davon, ob er entgeltlich erfolgt oder nicht, also nicht als Begriff der konkreten Rechtsordnung.

Die Rechtsprechung der internationalen Gerichte scheint keinen Präzedenzfall zu enthalten, in dem das Gericht von dieser Regel abgewichen ist[1].

c) Sehr viel schwieriger ist die Frage der Anknüpfung der privatrechtlichen Vorfragen zu lösen im Falle der Verträge zwischen Staaten und Einzelpersonen. Diese Norm ist etwa so zu fassen: Kein Staat ist berechtigt sich der Pflichten, die er durch Vertrag mit einem Staatsangehörigen eines anderen Staates eingegangen ist, zu entziehen, es sei denn, daß ein vom Völkerrecht anerkannter besonderer Grund vorliegt.
In einem solchen Falle wird man unterscheiden müssen. Hinsichtlich der Voraussetzungen des Vertrages enthält das Völkerrecht keine näheren Bestimmungen. Man wird daher von der Rechtsordnung des staatlichen Partners einschließlich seines Grenz- und Rechtsanwendungsrechts nicht absehen können[2]. Das ist umsoweniger ungerecht, als der nicht staatliche Partner vorher diese Gründe ermitteln kann. Die Anknüpfung der Voraussetzungen des Vertrages hat also gemäß dem Internationalen Privatrecht des staatlichen Partners zu erfolgen. Dabei wird man dahin Einschränkungen treffen müssen, daß ganz ungewöhnliche Anknüpfungen nicht beachtet werden können. Das muß besonders dann der Fall sein, wenn einem Staat eine Vielzahl von privaten Vertragspartnern, Gläubigern, gegenübersteht, wie dies gerade bei internationalen Anleihen zutrifft.
Für die Frage nach dem Wirkungsstatut eines solchen Vertrages, d.h. also der Bestimmung der Pflichten, die insbesondere dem staatlichen Partner daraus erwachsen, wird man die überkommene Anknüpfung an den Parteiwillen umsomehr anerkennen, als

---

1) C a s s e s e , Il diritto interno nel processo internazionale, S.197 ff. nimmt zu Recht an, daß die allgemein in den nationalen Rechtsordnungen anerkannte Anknüpfung an die lex rei sitae wesentlich zu dieser Einheitlichkeit beitrug, weil sie von vornherein das Problem nicht auftreten ließ.

2) So wäre es sicher nicht völkerrechtswidrig, wenn sich ein Staat solchen Pflichten mit der Begründung entzöge, nach seinem IPR sei der Vertragspartner nicht rechts- oder geschäftsfähig, vorausgesetzt immer, es liegt kein Fall des estoppel vor.

sie in nahezu allen Rechtsordnungen der Welt bekannt ist[1]. Im übrigen ergeben sich bei bestimmten Vertragstypen Anknüpfungen aus der Natur der Sache, so z.B. bei internationalen Anleihen die Loslösung von den nationalen Rechtsordnungen, bei Konzessionsverträgen die lex rei sitae.
Schwieriger zu lösen ist die Frage, welche nach Vertragsschluß eintretenden Veränderungen dazu führen können, daß sich eine Partei ihren Vertragspflichten entziehen kann. Gewisse Schlüsse lassen sich aus der Zwecksetzung der Norm gewinnen. Sie will den privaten Partner, also in aller Regel den schwächeren, davor schützen, daß sich der staatliche Partner durch einen Hoheitsakt seiner Pflichten entledigt. Daher ist eine Anknüpfung auch an zwingende Normen des staatlichen Partners ausgeschlossen, wenn sie erst nach Vertragsschluß erlassen wurden und der private Partner nicht mit ihnen zu rechnen brauchte. Das muß auch dann zutreffen, wenn die Rechtsänderung nicht nur den ausländischen Vertragspartner, sondern auch inländische betrifft, denn ein Staat kann sich im Völkerrecht begründeten Pflichten gegenüber Ausländern nicht dadurch entziehen, daß er Inländer der gleichen Maßnahme unterwirft[2]. Daraus folgt aber die Umkehrung. Auflösungsgründe eines solchen Vertrages, die nach dem Grenz- und Rechtsanwendungsrecht des staatlichen Partners bereits zur Zeit des Vertragsschlusses anerkannt waren, können das Völkerrecht nicht verletzen. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob sowohl das Recht des staatlichen Partners als auch das Recht des nicht staatlichen Partners diese Auflösungsgründe anerkennt. In diesem Falle ist allerdings das internationale Gericht der Mühe enthoben, diese Vorfrage noch gesondert anzuknüpfen[3]. Bei einem

---

1) Nachweise bei R a b e l II, S.370 ff.

2) So der StIGH im Falle der deutschen Interessen in polnisch Oberschlesien (C.P.J.I., Sér. A No.7, S.33) und im Falle der Peter Pázmány Universität (C.P.J.I., Sér. A/B No.61, S.43).

3) Beispiele, in denen sich das Gericht ausdrücklich auf diesen Grundsatz berief, sind selten, C a s s e s e , aaO., S.203, Fn.11 zitiert eine Entscheidung der Italienisch-Venezolanischen Schiedskommission. Aber Präzedenzfälle für den gesamten Komplex der hier zu untersuchenden Fragen finden sich kaum.

Widerspruch der beiden Rechtsordnungen ist folgendes zu erwägen: Der Völkerrechtssatz, der die Staaten verpflichtet, Verträge mit Ausländern zu erfüllen, hat nicht den Zweck, die staatliche Rechtsordnung völlig auszuschließen. Gegen ihn würde nicht verstoßen, wenn der nicht staatliche Partner Recht von den Gerichten des staatlichen Partners nehmen müßte, soweit eben nur die erörterten Kautelen gewahrt bleiben. Nichtigkeitsgründe also, die aus dem Wirkungsstatut entstammen oder dem Recht des staatlichen Partners, wirken sich auf den Vertrag aus, auch wenn sie erst nach Vertragsschluß eintraten, wenn sie nur beschaffen sind, daß der nicht staatliche Vertragspartner mit ihnen rechnen mußte[1].

3. Versucht man die Rechtssprechung der Gemischten Schiedsgerichte einzuordnen, so muß man von Anfang an feststellen, daß sie in das obige Schema nicht paßt. Das hat seinen Grund in der Tatsache, daß diese Gerichte in der Hauptfrage nicht über überkommene Fragen des Völkerrechts zu entscheiden hatten, daß ihre Entscheidungsmaximen daher auch nicht die ausgeschliffenen Normen des Gewohnheitsvölkerrechts sein konnten. Die von den Schiedsgerichten zu bewältigenden Fragen des Internationalen Privatrechts stellen sich als Vorfragen zu bestimmten, präzise formulierten Hauptfragen auf Grund eines völkerrechtlichen Vertrages. Daher mußte die Zwecksetzung der Vertragsnormen, also der Reparationsgedanke, auch die Vorfrage ergreifen[2]. Weiter beschränkt aber die konkrete Situation aus der die Gerichte und ihre Rechtsprechung entstanden sind, den Wert ihrer Entscheidungen als Präjudizien. Die von den Gemischten Schiedsgerichten zur Entscheidung der Vorfrage aus dem Internationalen Privatrecht entwickelten Rechtsnormen gehören dem Völkerrecht an; denn die Gerichte nahmen ausdrücklich oder

---

1) Entscheidungen internationaler Gerichte über diese Frage lassen sich nicht aufweisen. Bei den bisher entschiedenen Fällen, in denen Verträge zwischen Staaten und Einzelpersonen zur Entscheidung standen, war die Frage des Wirkungsstatus entweder eindeutig zu lösen oder überhaupt nicht erörtert worden.

2) So stützte das Deutsch-Französische Gemischte Schiedsgericht die Kontrolltheorie als Anknüpfung der Staatsangehörigkeit einer juristischen Person ausdrücklich auf die Zwecksetzung des Vertrages von Versailles (Société du Chemin de Fer de

schlüssig die Ermächtigung zur Rechtsschöpfung in Anspruch[1]. Die auf Grund dieser Ermächtigung geschaffenen Normen sind völkerrechtliches Richterrecht, sie stehen also hierarchisch unter dem Gewohnheits- und Vertragsvölkerrecht. Daraus folgt aber, daß ihre Bindungswirkung noch wesentlich geringer ist, als die des vom IGH geschaffenen Richterrechts. Eine Übernahme dieser Rechtssätze in das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht könnte nur "veritate non auctoritate" geschehen, dadurch also, daß sie auf die Staaten so überzeugend wirken, daß die staatliche Gesetzgebung oder die Praxis der staatlichen Gerichte opinione juris ihnen folgt. Dafür zeigen sich aber keine Anhaltspunkte. Selbst die Frankreich günstige Entscheidung im Falle Zeppenfeld[2] führte nicht dazu, daß im französischen Internationalen Erbrecht das System der Nachlaßspaltung geändert worden wäre.

Daher läßt sich zusammenfassend feststellen: Die von den Gemischten Schiedsgerichten geschaffenen IPR-Normen stellen ein völkerrechtliches IPR dar. Es handelt sich dabei aber um Völkerrecht von hierarchisch so niedriger Stufe, daß es nicht über den Bereich der Einsetzungsnorm, des jeweiligen völkerrechtlichen Instruments, von dem die Entscheidungen dieser Gerichte ihre Verbindlichkeit beziehen, hinauswirkt. Die Gerichte schufen ein zeitlich und örtlich begrenztes völkerrechtliches IPR, aus dem sich allgemeine Prinzipien ebensowenig gewinnen lassen, wie aus dem Netzwerk der das Internationale Privatrecht betreffenden völkerrechtlichen Verträge[3].

Damas Hanah c. Compagnie du Chemin de Fer de Bagdad, Rec. TAM. Bd.1, S.404 ff.).

1) So auch G u t z w i l l e r , Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, Bd.3, S.125 ff.; H a l l i e r , Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit, S.89 f.

2) S. oben S. 412 Fn 4.

3) Aus den Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte kann sich aber ebenso wie aus den Verträgen eine communis opinio doctorum entnehmen lassen, die zumindest als opinio necessitatis im Sinne der Voraussetzungen der Gewohnheitsrechtbildung in Frage kommen kann. Das ist aber für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen.

§ 26

Das Problem der internationalen Zuständigkeit

Das Internationale Privatrecht ist in seiner Funktion als Rechtsanwendungsbefehl rechtslogisch durch die Regelung der internationalen Zuständigkeit im gleichen System bedingt. Wenn Umfang des materiellen Rechts und Umfang der internationalen Zuständigkeit durch das gleiche System bestimmt werden, fallen die Probleme auch völkerrechtlich zusammen. Es könnte eine an sich völkerrechtswidrige Ausdehnung der internationalen Zuständigkeit dadurch völkerrechtsgemäß werden, daß die auf diese Weise zuständigen Gerichte verpflichtet werden, fremdes Recht anzuwenden. Der Heimatstaat kann sich nicht beklagen, seine Personalhoheit sei verletzt, wenn seine Staatsangehörigen von den Gerichten eines anderen Staates gemäß ihrem Heimatrecht geschieden werden; erfolgt die Scheidung aber nach der lex fori[1], so muß das scheidende Gericht strenger prüfen, ob es überhaupt von der ihm verliehenen Zuständigkeit Gebrauch machen will.

I. Grundsätzlich ist es Sache des staatlichen Rechts, die Zuständigkeit der Staatsorgane zu bestimmen. Das Völkerrecht kann dieser Befugnis nur einen Rahmen ziehen[2]. Man wird sie sogar zum "domaine réservé" zählen dürfen, da es nicht denkbar ist, daß ein Staat die Zuständigkeit der Organe eines anderen souveränen Staates bestimmen kann.
Darüber hinaus lassen sich zwei Völkerrechtssätze feststellen, auf die man, gleichsam als gesicherten Grund, die weitere Untersuchung aufbauen kann:

---

1) Nachweise bei R a b e l I, S.453 ff.

2) So hat der BGH im Zeiß-Urteil (v. 24.7.1957, LM Nr.18 zu § 12 BGB) genau zwischen Gerichtsbarkeit, d.h. der "aus der staatlichen Souveränität fließende(n), durch den Staat seinen Gerichten generell verliehene(n) Entscheidungsgewalt" und der konkreten internationalen Zuständigkeit (sub D 1.) unterschieden. Dieses Diktum deckt sich mit dem des StIGH im Lotus-Fall (s. oben S.344), wonach der Rechtstitel der Gerichtsgewalt die Souveränität ist.

(1) der bereits mehrfach erörterte Satz, daß die tatsächliche Vornahme von Hoheitsakten auf fremdem Staatsgebiet verboten ist;
(2) das Verbot der förmlichen Abänderung oder Aufhebung eines fremden Staatsaktes[1].
Viel ist aber damit nicht gewonnen. Der erste Satz verbietet nicht die rechtlichen Überwirkungen von Urteilen auf das fremde Staatsgebiet, der zweite Satz besagt nicht, daß die Überwirkung eines fremden Urteils anerkannt werden müsse. Weiterhin muß an folgendem methodischen Prinzip festgehalten werden:
Die innere Organisation der Staatsorgane kann sich auf die völkerrechtliche Frage nach den äußersten Grenzen ihrer Zuständigkeit nicht auswirken. Es darf im Lichte des Völkerrechts keinen Unterschied machen, ob die Entscheidung über einen Sachverhalt einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde (wozu gerade der Grenzfall der sog. "Freiwilligen Gerichtsbarkeit" Anlaß geben kann[2]) zugewiesen ist.

II. Internationale Präzedenzfälle, in denen ein Staat dagegen protestierte, daß ein anderer Staat für einen bestimmten Sachverhalt Gerichtsbarkeit beanspruchte, lassen sich nicht finden[3]. Es muß daher allein auf die Staatenpraxis abgestellt werden[4].
Dabei ist bemerkenswert, daß die Staaten die internationale Zuständigkeit ihrer Gerichte nach sehr unterschiedlichen Systemen abgrenzen, die alle in irgendeiner Beziehung stehen zu den Grundpositionen der Personal- und Territorialhoheit, soweit es sich um Hauptgerichtsstände[5] handelt, daß aber auch

---

1) R e u , Die Staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht, S.47 ff., insbes. S.85; G e c k , WVR Bd.I, S.57 ff.; N a g e l , ZZP Bd.75, S.434 f.

2) Vgl. dazu insbes. D ö l l e , RabelsZ Bd.27, S.201 ff.

3) Auch R e u , Die Staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht, konnte keine Präzedenzfälle finden.

4) Eine rechtsvergleichende Darstellung gibt F r a g i s tas, RdC Bd.104, S.205 ff.

5) D.h. um die Gerichtsstände, vor denen ein Beklagter stets verklagt werden kann.

alle Staaten sog. beziehungsarme Gerichtsstände kennen, die im Ergebnis nur ihren eigenen Staatsangehörigen zugute kommen, da es in der Regel als Vorteil des Klägers angesehen werden kann, vor einem Gericht klagen zu können, das dem Staat seiner Staatsangehörigkeit oder seines Wohnsitzes zuzurechnen ist.

1. Die Bestimmung der Hauptgerichtsstände zeigt folgendes Bild:

a) An die Gebietshoheit knüpfen all die Systeme an, die den Wohnsitz des Beklagten zum Hauptgerichtsstand erheben. Das sind das deutsche[1], das österreichische[2], das schweizerische[3] und das niederländische Recht[4].

---

1) Daher besteht nach dem deutschen System, wie auch nach dem österreichischen die Identität von örtlicher und internationaler Zuständigkeit. Dies hat der BGH in einem Urteil v.18.11.1952 (LM Nr.13 zu § 549 ZPO) unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts bestätigt. Der Beschluß des Großen Senates des BGB v. 14.6.1965, NJW 1965, S.1665 betont allerdings die qualitative Verschiedenheit von internationaler und örtlicher Zuständigkeit dadurch, daß er die internationale Zuständigkeit der Revisionsrüge und damit der Nachprüfbarkeit durch das Revisionsgericht unterwirft. Damit kehrt er sich von der überkommenen Rechtsprechung des Reichsgerichts ab.

2) § 66 der österr. Jurisdiktionsnorm.

3) Dieses Prinzip ergibt sich bereits aus Art.59 der Eidgenössischen Bundesverfassung, s. dazu G u l d e n e r , Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, S.72 ff. und d e r s . , Schweizerisches Zivilprozeßrecht, S.56 ff.

4) Art.126 Nr.1 des Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

b) An die Personalhoheit knüpfen die Systeme an, die die Staatsangehörigkeit zur Grundlage der internationalen Zuständigkeit machen, nämlich das französische[1], belgische[2] und italienische Recht[3].

c) Eine eigenartige Zwischenstellung nimmt das englische und das Recht der USA ein, da bei der dort getroffenen Regelung der mittelalterlichen Rechtsvorstellungen entnommene Begriff der "allegiance" eine wichtige Rolle spielt[4].

---

1) Art.14 und 15 des Code civil. Zum inneren Grund der französischen Regelung zitiert S i a l e l l i im Juris-Classeur International (Fasc. 581 No.6) B a r t i n: "Il y a un rapport naturel entre la nationalité d'une personne et le pouvoir juridictionnel des tribunaux de l'État dont elle relève. La nationalité entraîne la compétence naturelle des juridictions nationales."

2) S. dazu P o u l l e t , Manuel de droit international privé belge, S.154.

3) Das ist im Codice di procedura civile zwar nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus einem Umkehrschluß aus artt. 4 cod. prod. civ., s. M o r e l l i , Diritto processuale civile internazionale, No.54, S.109.

4) Das englische System beruht auf dem Zusammenhang von Schutz und Gehorsam. Wer immer sich auf dem Gebiet der Königin aufhält, genießt ihren Schutz, schuldet ihr dafür aber auch "temporary allegiance".
Grundlage der Anknüpfung an die "allegiance" ist Calvin's Case aus dem Jahre 1608 (mit den Gründen wiedergegeben von W o r t l e y in der Festschrift für Gutzwiller, S.352).
Die Verbindung zur internationalen Zuständigkeit wird dadurch geschaffen, daß der das Verfahren einleitende "writ of summons" als Befehl des Königs verstanden wird, vor Gericht zu erscheinen. Wer aber allegiance schuldet, ist verpflichtet dem Befehl des Königs nachzukommen.
Die Gefahr für den nicht in England (bzw. den USA) wohnenden Beklagten liegt vor allem darin, daß der Begriff der "temporary allegiance" sehr weit ausgedehnt wird, auch wer im Flugzeug auf einer Zwischenlandung sich auf britischem Boden aufhält oder wer mit einem Schiff reist, das in einem englischen Hafen anlegt, genießt für die kurze Zeit des Aufenthalts den Schutz und schuldet allegiance. Daraus folgt aber, daß es genügt, wenn dem Beklagten während dieser Zeit der writ of summons zugestellt wird, um das Verfahren einzuleiten und den Beklagten der Gefahr eines "judgment in default of appearance" auszusetzen. (S. dazu D i c e y - M o r r i s , Comment 2 zu Rule 25 mit Beispielen und Martin W o l f f , Private International Law, S.64 ff.).

2. Neben diesen Hauptgerichtsständen gibt es aber in vielen Rechtsordnungen gewisse Hilfsgerichtsstände, Zuständigkeiten, die sich entweder als logische Konsequenz des Systems ergeben oder auf Grund besonderer Regelung, die aber dazu führen, daß Rechtsstreitigkeiten vor die Gerichte eines Staates gelangen, mit dem sie nur durch eine fadendünne Beziehung verknüpft sind[1].
Zu diesen Gerichtsständen gehört die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Klägers[2], an den bloßen Aufenthalt des Beklagten[3] oder an die Belegenheit des Vermögens[4].

III. Auch die beziehungsarmen Gerichtsstände scheinen in keinem Falle diplomatische Proteste oder gar einen internationalen Rechtsstreit ausgelöst zu haben[5]. Vielmehr hat die Staatenpraxis ein anderes Reaktionssystem geschaffen: Die Nichtanerkennung des Urteils.

---

1) Z w e i g e r t (RabelsZ Bd.24, S.289) nennt diese Gerichtsstände: "beziehungsarm".
Zu welch eigenartigen Folgerungen sie führen können, zeigt die Entscheidung des BGH LM Nr.13 zu Art.7 ff. EGBGB. In diesem Falle hatten die deutschen Gerichte über einen Vertrag zu befinden, der zwischen dem in Chicago sitzenden Kläger und einer Beklagten geschlossen worden war, die zuerst in New Orleans und dann in Los Angeles ihren Sitz hatte und dessen Erfüllungsort darüber hinaus noch in den USA lag.

2) Nach Art.14 des französ. Code civil, nach art.127 Abs.I des niederl. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, nach artt.4 No.4 des ital. Codice di procedura civile, dort allerdings nur im Falle der Gegenseitigkeit, also als "Kampfgerichtsstand".

3) So nach art.126 No.2 des niederl. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daß auch das englische System dazu führen kann, wurde bereits dargestellt (oben S.417, Fn.4).

4) § 23 der dt. ZPO; § 99 der österr. Jurisdiktionsnorm.

5) W e n g l e r , Völkerrecht (Bd.II), S.947, Fn.4 nimmt an, daß gewisse äußerste Grenzen der staatlichen Souveränität auch im Bereich der internationalen Zuständigkeit zu beachten seien. So dürfe ein Staat nicht etwa inländischen Grundbesitz zum Anknüpfungspunkt für eine Ehescheidung machen. Aber auch in diesem Falle ist es fraglich, ob der betroffene Staat (etwa der, dem die Ehegatten angehören) hier einen Protest wegen Einmischung in seine inneren Angelegenheiten erheben würde. Viel wahrscheinlicher ist, daß er einfach einem auf diesem Gerichtsstand gegründeten Urteil die Anerkennung verweigern würde. In einem solchen Verhalten liegt aber nicht der Vorwurf völkerrechtswidrigen Handelns.

1. Ein Urteil, das von dem Gericht eines Staates gesprochen wurde und dort rechtskräftig wurde, entfaltet in diesem Staat die Wirkung der res judicata, die zwar von Rechtsordnung zu Rechtsordnung im Detail variieren kann, aber im wesentlichen überall die gleichen Wirkungen entfaltet, so daß man dieses Institut zu den logischen Vorformen des Rechts zählen kann. Diese Rechtskraftwirkung wird auch im Ausland bedeutsam, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden soll oder wenn der gleiche Sachverhalt Gegenstand eines neuen Rechtsstreites würde. In beiden Fällen stellt sich das Problem, ob der ausländische Richter an die Rechtskraft gebunden ist. Es gibt keinen Satz des Völkerrechts, der den Staaten die Anerkennung ausländischer Urteile gebietet[1], vielmehr ist jeder Staat darin frei, soweit er nicht vertragliche Pflichten eingegangen ist[2]. Daher wird allgemein in

---

1) G e c k , WVR Bd.I, S.57 ff., N a g e l , ZZP Bd.75, S. 435 ff.

2) Die Nichtanerkennung eines ausländischen Urteils kann allerdings zur unrichtigen Anwendung ausländischen Rechts führen, dann nämlich, wenn dieses Urteil nach der lex causae rechtsgestaltende Wirkung hat. Die Verweisung auf die lex causae wird daher in aller Regel so verstanden werden müssen, daß solche Urteile zu beachten sind, sei es, daß sie von einem Forum der lex causae, sei es, daß sie von einem dritten Forum erlassen wurden (s. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Friedrich Lent, S.254, Fn.37 und S.260 ff.). Aus diesem Gebot, das sich aus dem Postulat der richtigen Anwendung des fremden Rechts ableitet, läßt sich aber keine völkerrechtliche Pflicht gewinnen.
Wenn sich aber ein völkerrechtliches Gebot nachweisen läßt, in bestimmten Fällen das Recht eines bestimmten Staates als lex causae anzuwenden, dann muß dies auch alle Urteile erfassen, die von der lex causae anerkannt werden und materiell auf sie einwirken. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d zieht für den seiner Ansicht nach völkerrechtlich bestimmten Bereich des Familienrechts diese Folgerung (aaO., S.263 f.). Inkonsequent ist es allerdings, wenn er auch in einem solchen Fall einem inländischen Urteil gegenüber dem von der lex causae anerkannten den Vorzug geben will. Ein solches Urteil wäre dann ja völkerrechtswidrig.
(Wie hier: S ü s s , Festgabe für Leo Rosenberg, S.249 ff.)

wechselndem Umfang die Anerkennung der Wirkungen eines ausländischen Urteils im Inland von einem inländischen Hoheitsakt, dem Exequatur, abhängig gemacht, der nur ergehen kann, wenn das ausländische Urteil bestimmte, von der inländischen Rechtsordnung aufgestellte Voraussetzungen erfüllt[1].

2. Weitgehend ist es aber üblich, die Anerkennung ausländischer Urteile davon abhängig zu machen, daß das erkennende Gericht international zuständig war[2]. Dabei ist entscheidend, daß jeder Staat die Zuständigkeit der ausländischen Gerichte an seinen eigenen Normen über die internationale Zuständigkeit mißt. An diesem Verfahren ist es möglich, eine besondere Ordnung zu entwickeln:

- Es handelt sich nicht um Fragen des Völkerrechts, denn der fremde Staat, dessen Gerichte nach dem Internationalen Zivilprozeßrecht des anerkennenden Staates nicht zuständig waren, wirft dem anderen Staat nicht etwa völkerrechtswidriges Verhalten vor.
- Verglichen werden nicht höheres und niedrigeres, sondern richtiges und falsches Recht. Der Staat der wegen fehlender internationaler Zuständigkeit das Urteil eines anderen

---

1) Am weitesten geht hinsichtlich der Überprüfung ausländischer Urteile die französische Praxis. Ein französisches Gericht ist berechtigt, einem ausländischen Urteil das Exequatur zu verweigern, "s'il estime qu'un point quelconque, de fait ou de droit, a été mal jugé". (B a t i f f o l , No.763, S.856 f.). Diese Praxis ist von der französischen Rechtslehre immer wieder kritisiert worden (B a t i f f o l , S.857 f., No.764); aber auch die Gerichte haben sich dann und wann dagegen aufgelehnt, zuletzt die Cour d'Appel de Paris in einem Urteil v. 21.10. 1955 (Charr c. Hazim Ulusahim, R.C.D.I.P. 1955, S.770 mit Note v. B a t i f f o l). Das Gericht wirft der fanzösischen Praxis vor, sie verstoße gegen das Gebot der internationalen Zusammenarbeit und schaffe unnötige praktische Schwierigkeiten.

2) Einen rechtsvergleichenden Überblick gibt R i e z l e r , Internationales Zivilprozeßrecht, S.532 ff.; F r a g i s t a s , RdC, Bd.104, S.179, Fn.20.
Das Institut de Droit international hat sich dreimal mit der Frage der Anerkennung ausländischer Urteile befaßt, in Paris 1878, in Brüssel 1923 (vorbereitend) und in Wien 1924 (endgültig). Es gab Empfehlungen (TGR, S.368 ff.),

Staates nicht anerkennt, wirft diesem anderen Staat weder völkerrechtswidriges, noch auch unfreundliches Verhalten vor, er stellt nur fest, daß er die Ordnung des anderen Staates nicht für die richtige hält[1].

Diese Ordnung, die nicht die Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten darstellt, läßt sich mit den völkerrechtlichen Kategorien der Retorsion und Repressalie nicht erfassen[2].

3. Ein weiteres Merkmal der Anerkennung ist die Gegenseitigkeit. Vom fremden Staat wird nicht nur verlangt, daß er die internationale Zuständigkeit seiner Gerichte richtig ordnet, sondern auch, daß er grundsätzlich bereit ist, auch die Urteile des anderen Staates anzuerkennen.

Die Staatenpraxis im Bereich der internationalen Zuständigkeit führt also zu einer besonderen Art von Ordnung. Es handelt sich um ein unstabiles System, das auf Gegenseitigkeitslagen beruht[3] auf einem do ut des ohne Anerkennung von Rechtspflichten[4]. Und doch liegt eine wirkliche Ordnung vor, denn

---

die davon ausgingen, daß eine völkerrechtliche Pflicht zur Anerkennung ausländischer Urteile nicht bestehe. In den Empfehlungen ist aber als Voraussetzung der Anerkennung eine Kontrolle der internationalen Zuständigkeit des fremden Gerichts nicht vorgesehen.

1) F r a g i s t a s , RdC Bd.104, S.178: "Le refus de reconnaître les jugements issus d'une juridiction qui a dépassé la juste mesure dans la démarcation de la compétence internationale n'est qu'une sanction prise contre la transgression par le droit étranger d'une règle idéale d'après laquelle des litiges privés internationaux doivent être répartis entre les différents États."

2) Sie ist keine Repressalie, denn sie ist keine an sich vom Völkerrecht verbotene Maßnahme (P a r t s c h , WVR III, S.104), aber auch keine Retorsion, denn sie ist nicht die Antwort auf ein schädigendes Verhalten des anderen Staates (P a r t s c h , aaO., S.110).

3) R i e z l e r , Internationales Zivilprozeßrecht, S.552 ff. Der U.S. Supreme Court hat in der grundlegenden und immer wieder aufgegriffenen Entscheidung im Falle Hilton v. Guyot (159 U.S. 113) festgestellt:
"... the comity of our nation does not require us to give conclusive effect to the judgments of the courts of France and that ground is the want of reciprocity, on the part of France, as to the effect to be given to the judgments of this and other foreign countries." Der Supreme Court verlangt also von dem Staat, dessen Urteil anerkannt werden soll, die generelle Geneigtheit zur internationalen Kooperation.

4) Man könnte hier von einer "Comity-Ordnung" sprechen.

auf der einen Seite werden die "improper fora"[1] begrenzt, weil die auf Grund dieser Gerichtsstände erlangten Urteile nicht mit der Anerkennung in einem ausländischen Staat rechnen können[2], auf der anderen Seite schält sich aber ein

---

N a g e l , ZZP Bd.75, S.416: "Die grundsätzliche Freiheit der Staaten, ihr internationales Zivilprozeßrecht aufzustellen, gipfelt in dem Belieben, Gegenseitigkeitslagen zu schaffen."

1) Der Ausdruck stammt von N a d e l m a n n , Yntema-Festschrift S.321 ff. Als "improper fora" bezeichnet er den Gerichtsstand des Art.14 frz. Code civil und des § 23 dt. ZPO. In diesem Zusammenhang fällt auf, daß die beziehungsarmen Gerichtsstände auch in den zwischenstaatlichen Verträgen diskriminiert werden, indem für Urteile, die auf Grund eines solchen Gerichtsstandes ergehen, die Anerkennung ausdrücklich ausgeschlossen wird. So nimmt der französisch-italienische Vertrag v. 3.6.1930 in seinem Art. 30 ausdrücklich den Gerichtsstand des Art.14 Code civil von der gegenseitigen Anerkennung aus (B a t i f f o l , Traité No.707, S.790); der deutsch-österreichische Vertrag v. 6.6.1959 (BGBl. 1960 II, S.1246) beschränkt die Pflicht zur Anerkennung für Urteile, die auf Grund des forum patrimonii erlassen wurden.

2) Gerade die französische Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach der Staatsangehörigkeit führte zu Konflikten. So verweigerte ein englisches Gericht schon im Jahre 1870 einem auf Art.14 Code civil gestützten französischen Urteil die Anerkennung. (Schisby v. Westenholz, 1870 L.R. 6 Q.B. 155). In diesem Falle hatte ein in Frankreich ansässiger Däne zwei in England ansässige Dänen vor den französischen Gerichten verklagt, indem er von dem ihm durch einen Staatsvertrag zwischen Frankreich und Dänemark zugestandenen Privileg des Art.14 Code civil Gebrauch machte.
Die Bekl. waren vom französischen Konsulat in London benachrichtigt worden, hatten sich aber nicht auf das Verfahren eingelassen, so daß der Kl. ein Versäumnisurteil zu Lasten der Beklagten erwirken konnte. Als er vor dem Court of Queen's Bench auf Grund dieses französischen Urteils erneut Klage erhob, wurde er abgewiesen, Das englische Gericht ging von folgendem Grundsatz aus:
> "The judgment of a court of competent jurisdiction over the defendant imposes a duty or obligation on the defendant to pay the sum for which judgment is given, which the courts in this country are bound to enforce."

Das englische Gericht habe aber zu prüfen, ob das fremde Gericht, dessen Urteil hier in Frage stehe, "competent" gewesen sei. Das Gericht stellt dann gewisse Merkmale fest, die nach seiner Ansicht die internationale Zuständigkeit begründen würden und kommt zu dem Schluß, diese Merkmale seien im konkreten Fall nicht gegeben.

"We think, and this is all that we need decide, that there existed nothing in the present case imposing on the defendants any duty to obey the judgment of a French tribunal."

Auch in der französischen Praxis macht sich ein Unbehagen gegenüber dem Gerichtsstand der Art.14 und 15 Code civil bemerkbar. So verneinte die Cour d'appel de Chambéry im Falle Rougeron c. Rougeron Vve. (v. 4.12.1956, Clunet Bd. 85, S.134) die auf Art.14 und 15 Code civil gegründete Zuständigkeit. Der Rechtsstreit befaßte sich mit dem Nachlaß eines Nichtfranzosen, der auch in Frankreich keinen Wohnsitz hatte, wobei die Bestandteile des Nachlasses sich teils in der Schweiz, teils in den USA befanden; darüber hinaus war die Beklagte zwar Französin, lebte aber nicht in Frankreich. Das Gericht entschied, der Kläger

"ne soulève pas, eu égard à sa seule condition d'enfant naturel de nationalité française, un litige auquel une juridiction française bien que compétente en principe pour faire application du droit d'un autre pays ait qualité pour donner selon nos principes du conflit des lois une solution susceptible de s'imposer à l'État que désignerait leur application."

Es ging also davon aus, daß es sinnlos wäre, der Partei ein Urteil zu geben, mit dem sie materiell nichts anfangen könnte.

Dieses Urteil wurde von der Cour de Cassation aufgehoben (Urt. v. 5. Mai 1959, R.C.D.I.P. 1959, 501) mit der Begründung:

"(Attendu) qu'un Français sans domicile ni résidence en France peut, hors les seuls cas d'action réelle portant sur des immeubles sis à l'étranger ou de demandes à des voies d'exécution pratiquées hors de France, être attrait devant un tribunal français quel que soit l'objet du litige et la législation le régissant."

Das Verfahren wurde an die Cour d'appel de Grenoble verwiesen, die wiederum die französische internationale Zuständigkeit verneinte, weil die Erbfolge vom Recht des Staates New York beherrscht werde. Auch diese Entscheidung wurde aber durch Urteil der Cour de Cassation vom 19.6.1963 (R.C.D.I.P. 1965, S.366) aufgehoben und erneut die französische internationale Zuständigkeit bekräftigt.

System von Gerichtsständen heraus, die mit allgemeiner Übung auch die Voraussetzung für allseitige Anerkennung erfüllen[1]. Dieses System wird noch durch konditionale Zuständigkeiten gleichsam ergänzt: Gerichtsstände, die ausdrücklich dadurch bedingt sind, daß das Urteil von dem Staat, dem eine Prozeßpartei angehört, auch anerkannt wird[2]; andererseits Gerichtsstände, die nur dann gegeben sind, wenn der Staat, dem die ausländische Prozeßpartei angehört, auch einen Inländer diesem Gerichtsstand unterwerfen würde (Kampfgerichtsstände[3]).

IV. Zusammenfassend läßt sich also feststellen:
(1) Es gibt keinen allgemeinen Satz des Gewohnheitsvölkerrechts, der es den Staaten verbieten würde, die internationale Zuständigkeit ihrer Gerichte so zu bestimmen, daß diese auch über Sachverhalte entscheiden können, die sich auf

---

1) So z.B. der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Bekl. aber auch der Gerichtsstand der belegenen Sache für Streitigkeiten über Rechte an Grundstücken (§ 24 ZPO, § 81 öst. Jn, B a t i f f o l , Traité No.688, S.763 f., D i c e y , Rule 18). Dagegen lehnt das italienische Recht eine Einschränkung der internationalen Zuständigkeit italienischer Gerichte bei Rechtsstreitigkeiten über im Ausland belegene Grundstücke ab (M o r e l l i , Diritto processuale civile internazionale, No.54, S.109 ff.).

2) Z.B. § 606b Nr.1 ZPO.

3) Einen Kampfgerichtsstand enthält z.B. artt.4 No.4 des it. Codice de procedura civile:
"Lo straniero può essere convenuto davanti ai giudici della Repubblica:
.....
4 se, nel caso reciproco, il giudice dello Stato al quale lo straniero appartiene può conoscere delle domande proposto contro un cittadino italiano."
Eine ähnliche Bestimmung enthält § 101 der österr. Jurisdiktionsnorm. Auf Grund dieser Bestimmung entschied der österr. OGH, daß für die Klagen gegen einen französ. Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Frankreich das österreichische Gericht des Wohnsitzes des österr. Klägers zuständig sei (SZ XXVIII S.469). Näheres zu dieser Bestimmung bei F a s c h i n g , Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Bd.I, Anm. zu § 10 1 JN.
Der Wert solcher Urteile ist natürlich fraglich, da sie im anderen Staat sicher nicht vollstreckt werden können. Offen muß aber die Frage bleiben, ob es gerecht und sinnvoll ist, solche internationalen Kontroversen auf dem Rücken des einzelnen auszutragen.

dem Gebiet eines anderen Staates abgespielt haben. Dieser der Souveränität der Staaten offen stehende Raum ist auch nicht davon abhängig, welches Recht die Gerichte anzuwenden haben. Äußerste Schranken könnten sich aus dem vom Völkerrecht anerkannten Verbot des Rechtsmißbrauchs ergeben. Bei Verfahren die von einer Partei eingeleitet werden, genügt aber schon das Interesse dieser Partei, um den Vorwurf des Rechtsmißbrauchs auszuschließen.

(2) Es gibt keinen Satz des Völkerrechts, der den Staaten die Pflicht auferlegt, die Urteile der Gerichte anderer Staaten generell anzuerkennen. Diese Pflicht kann sich nur auf Grund spezieller, in der Regel vertraglicher, Völkerrechtssätze ergeben.

(3) Wenn ein Staat kraft Völkerrechts verpflichtet ist, das Recht eines bestimmten anderen Staates anzuwenden, dann muß er auch alle Urteile anerkennen, die vom Recht dieses Staates anerkannt werden.

(4) Dennoch besteht auch in diesem Bereich eine, allerdings nicht rechtlich verdichtete, Ordnung:

(a) Alle Staaten halten sich für berechtigt, die Anerkennung fremder Urteile davon abhängig zu machen, ob der Staat des Forums nach dem Internationalen Prozeßrecht des anerkennenden Staates international zuständig war.

(b) Dadurch werden bestimmte beziehungsarme Gerichtsstände international entwertet, da Urteile, die auf Grund eines solchen Gerichtsstandes gesprochen wurden, nicht mit internationaler Anerkennung rechnen können.

(c) Andererseits ergeben sich durch die Staatenpraxis eine Reihe von allgemein anerkannten Anknüpfungspunkten für die internationale Zuständigkeit, so daß Urteile die auf Grund eines solchen Gerichtsstandes ergehen, unter der Voraussetzung, daß der Forumstaat auch seinerseits zur internationalen Zusammenarbeit auf diesem Gebiet bereit ist, mit allgemeiner Anerkennung rechnen können.

§ 27

Das Internationale Strafrecht

I. Der Rückgriff auf diese Disziplin bedarf einer methodischen Rechtfertigung. Zivilrecht und Strafrecht unterscheiden sich in allen Rechtsordnungen der Welt, im Gegensatz zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht muß diese Differenzierung also auch in einer Betrachtung sub specie orbis beachtet werden.

Trotz dieser Unterscheidung ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, daß sich aus dem Internationalen Strafrecht gewisse Erkenntnisse von allgemeinem Wert gewinnen lassen. Diese Hoffnung stützt sich auf zwei Erwägungen:

1) Ob man eine Rechtsnorm dem Strafrecht oder dem zivilrechtlichen Deliktsrecht zuzählen muß, hängt davon ab, welche Sanktion die jeweilige Rechtsordnung an den Verstoß gegen die Norm knüpft. Dabei kann es Mischformen geben, wie das Institut der vom Strafrichter auszusprechenden Buße zeigt, die zugleich den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch kompensiert[1]. Vor allem aber gibt es Rechtsordnungen, die an die gleiche Handlung sowohl strafrechtliche als auch zivilrechtliche Sanktionen knüpfen[2]. Würde man allzuscharf die strafrechtliche von der zivilrechtlichen Sanktion trennen, so würde man völkerrechtliche Lösungen von der nationalen Qualifikation abhängig machen, was unter allen Umständen vermieden werden muß.

2) Die strafrechtliche Sanktion stellt in aller Regel den schwersten Eingriff in den Rechtsbereich des einzelnen dar. Also ist die Folgerung erlaubt, daß die Staaten strafrechtliche Eingriffe in Rechtspositionen ihrer Angehörigen weniger hinnehmen werden, als zivilrechtliche. Daraus läßt sich ein

---

1) § 231 deutsches StGB

2) Ein gewichtiges Beispiel gibt der unten noch näher zu erörternde Fall des Internationalen Kartellrechts. So kennt das Anti-Trustrecht der USA auf die gleiche Handlung eine dreifache Sanktion, strafrechtlich, zivilrechtlich (auf "treble damages", an sich schon ein Grenzfall) und verwaltungsrechtlich. (Näheres bei K a t z k e , NJW 1963, S.1383 ff.)

gewichtiges Argumentum a majore ad minus gewinnen: Wo das Völkerrecht einem Staat den strafrechtlichen Eingriff erlaubt, kann auch der zivilrechtliche nicht verboten sein. Aus diesem Grunde hat es methodisch Sinn, die völkerrechtlichen Grenzen des Internationalen Strafrechts aufzuspüren.

II. Auch im Falle des Internationalen Strafrechts muß nach Völkerrechtsnormen gesucht werden, die die Staatensouveränität beschränken[1].

1) Überraschenderweise sind auch auf diesem Gebiet die völkerrechtlichen Präzedenzfälle nur selten zu finden. Neben dem bereits in extenso erörterten Lotus-Fall läßt sich nur noch der Cutting-Fall zwischen den USA und Mexiko[2] anführen. Letzterer hat nicht zu einer internationalen Lösung geführt, sein

---

1) Nicht von der herrschenden Rechtsquellenlehre, sondern von apriorischen Grundlagen des Internationalen Strafrechts gehen aus Schnorr von Carolsfeld, Straftaten in Flugzeugen (insbes. S.20, Fußn.7) und Schultz, SchwJIR Bd.XIX, 1962, S.9 ff. Im Gegensatz zur Lotus-Entscheidung vertreten heute noch die Ansicht, daß ein Staat zur Ausdehnung des Fehlens seiner Strafnorm über sein Gebiet hinaus einer besonderen völkerrechtlichen Ermächtigung bedarf:
Oppenheim-Lauterpacht § 147, S.331 f. (grundsätzlich, aber mit der Bemerkung, daß dieser Auffassung die Staatenpraxis widerspricht); G. Hoffmann, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, S.21 f.; Verzijl, NTIR Bd.VIII, 1961, S.5 ff., der den Lotus-Fall auf eine Anerkennung der "constructive territoriality" reduziert; Jennings BYIL Bd.XXXIII, 1957, S.153 ff.; Schlochauer, Die extra-territoriale Wirkung vonHoheitsakten, S.46 ff. insbes. S.51 ff., nach dessen Auffassung das Lotus-Urteil nicht mehr dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechts entspricht.
Wie hier: Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, S.245 f.; Rehbinder, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, S.52 ff.; Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.101 ff.

2) S. dazu Ingo v. Münch, WVR I, S.305 f.; Verzijl, NTIR 1961, S.7 berichtet von einem weiteren Fall, Commonwealth v. Blanding, in welchem die USA genau die entgegengesetzte Ansicht vertraten, wie im Cutting-Fall. Von einer opinio juris kann also in diesem Komplex keine Rede sein.

Wert als Präzedenzfall ist also gering anzuschlagen. Aus dem Lotus-Fall ergibt sich neben der methodischen Regel, daß von der Freiheit der Staaten auszugehen und die beschränkende Völkerrechtsnorm aufzusuchen ist, der Satz, daß ein Staat nicht gegen Völkerrecht verstößt, wenn er an den auf seinem Staatsgebiet eintretenden Erfolg anknüpft[1].

2) Also ist wiederum auf die Staatenpraxis zurückzugreifen. Aus ihr ergibt sich, daß auch das internationale Strafrecht um gewisse Leitgrundsätze gruppiert werden kann, und daß über diese Grundsätze hinaus eine Ausdehnung des Strafrechts nicht in Anspruch genommen wird.

a) Der erste dieser Grundsätze ist das Territorialitätsprinzip[2], das aber zwei Gesichter hat. Völlig unproblematisch ist der Aspekt, daß ein Staat alle Verstöße gegen sein Recht, die auf seinem Gebiet begangen wurden, mit Strafe belegen kann.

---

1) Die Frage der Völkerrechtsmäßigkeit des passiven Personalitätsprinzips wurde im Verfahren zwar aufgeworfen, im Urteil aber nicht erörtert. Insoweit kann der Lotus-Fall also nicht als Grundlage dienen. Lediglich der amerikanische Richter Moore setzte sich in seinem Sondervotum eingehend mit diesem Grundsatz auseinander, er hielt ihn für völkerrechtswidrig, weil er gleich gegen zwei Völkerrechtssätze verstoße:
(1) "... the principle of the exclusive jurisdiction of a State over its own territory";
(2) "the equally well-settled principle that a person visiting a foreign country, far from radiating for his protection the jurisdiction of his own country, falls under the dominion of the local law and, except so far as his government may diplomatically intervene in case of a denial of justice, must look to that law for his protection".

2) Vom Territorialitätsprinzip als Grundlage des Strafrechts geht das Institut de Droit International in seinen Resolutionen von 1883 (TGR S.373) und von 1931 (TGR S.377) aus. J e s c h e c k , WVR III, S.397, nennt das Territorialitätsprinzip die "natürliche Grundlage des internationalen Strafrechts" und begründet dies damit, daß die Rechtskultur eines Staates sich innerhalb seiner räumlichen Grenzen voll entfalten müsse.

Diese Freiheit findet eine Schranke nur in noch zu erörternden Völkerrechtssätzen die einen Widerspruch zwischen Strafnormen verschiedener Rechtsordnungen zu Lasten von Einzelpersonen vermeiden wollen. Die Anknüpfung an den Erfolgsort führt aber zwangsläufig dazu, daß im Ausland begangene Handlungen mit Strafe bedroht werden. Auch wenn man davon ausgeht, daß es sich um den "tatbestandsmäßigen Erfolg" handeln muß[1] ist wenig gewonnen, da damit ein Staat nicht gehindert wird, seine Tatbestände entsprechend zu fassen.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Anknüpfung an den Erfolgsort ist nicht zu bezweifeln[2]. Um etwaige Schranken zu ermitteln, ist es sinnvoll, zu prüfen, ob das Prinzip unstreitig anerkannt ist.

Das ist der Fall bei Vorbereitungs- und Teilnahmehandlungen zu einer Tat, deren Handlungsort im Inland liegt[3]; weiter gilt

---

1) J e s c h e c k , Internationales Recht und Diplomatie, 1956, S.93.

2) Interessant ist der Meinungsumschwung im Institut de Droit International. Die Resolution von 1883 lehnte in Art.2 die Anknüpfung an den Erfolgsort ausdrücklich ab (TGR S.373). Nachdem aber das Urteil des StIGH im Lotus-Fall ergangen war, stellte Art.2 Abs.I der Resolution von 1931 (TGR S.377) fest: "La loi d'un État peut considérer une infraction comme ayant été commise sur son territoire aussi bien lorsqu'un acte de commission ou d'ommission qui la constitue y a été perpétré ou tenté que lorsque le résultat s'y est produit ou devait se produire." Die vollen Konsequenzen der Anknüpfung an den Erfolgsort hat das Institut aber nicht gezogen. Das zeigt sich daran, daß es die Straftaten gegen die Sicherheit des Staates, die Falschmünzerei und die Fälschung von Hoheitszeichen in einer gesonderten Bestimmung (Art.4) unterbringen zu müssen glaubte.

3) O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , S.332. So auch ausdrücklich das Institut de Droit International in Art.2 Abs.II der Resolution von 1935. Art.5 der Resolution von 1883 hatte für diese Fälle den Abschluß eines Vertrags zwischen den beteiligten Staaten verlangt.

dies, wenn der Erfolg der Tat darin besteht, daß das Leben oder das Vermögen einer Person verletzt wird[1]; der dritte Kreis von Schutzgütern erfaßt die Sicherheit und Ordnung des Staates selbst[2].

Es fragt sich nun, ob darin eine enumarative Beschränkung liegen soll. Warum gehört nicht auch die Ehre einer Person zu diesen Schutzgütern, so daß die im Ausland erfolgte Beleidigung eines Inländers nicht verfolgt werden kann?[3] Ein innerer Grund dafür ist nicht einzusehen.

Eine Beschränkung auf Vorsatz findet sich nirgends, die in der englischen und amerikanischen Lehre vertretenen Ansichten über eine Beschränkung auf die "proximate cause"[4] läßt sich mit kontinentalen Begriffen nur schwer nachvollziehen.

---

1) O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , S.333. Die Common Law Staaten hatten sich lange mit der Fiktion der "constructive presence" beholfen (Näheres dazu bei Jennings, BYIL Bd.XXXIII, S.156 ff.).
Der Supreme Court of India hat in einem Falle, in dem ein in Indien lebender Inder durch einen aus Pakistan kommenden Brief getäuscht und zu einer nachteiligen Vermögensverfügung veranlaßt wurde, unter ausdrücklicher Berufung auf die Lotus-Entscheidung die Anwendung indischen Strafrechts bestätigt (ILR 1957, S.156 ff.).

2) Diese Anknüpfung wurde auch vom Institut de Droit International bestätigt (Art.8 der Resolution von 1883, Art.4 der Resolution von 1931).

3) Der Cutting-Fall betraf die Beleidigung eines Mexikaners durch eine Zeitung in El Paso. Mexiko gab zwar den U.S. Staatsangehörigen Cutting frei und stellte die Strafverfolgung ein, erklärte sich aber nicht bereit, sein Strafrecht zu ändern.

4) So z.B. H y d e Bd.I, S.800, J e n n i n g s , aaO., S.160 f. In den USA hatte der Supreme Court im Falle Strassheim v. Daily (221 U.S. 280/285) die Regel aufgestellt: "... acts done outside a jurisdiction, but intended to produce and producing detrimental effects within it, justify a State in punishing the cause of the harm as if he had been present at the effect, if the state should succeed in getting him within its power."
Der U.S. District Court, Southern District New York, traf dazu eine interessante Einschränkung. Die Angeklagte hatte in Canada vor dem Einwanderungsbüro der U.S.A. falsche Angaben gemacht. Das ist nach 18 U.S.C. § 1001 mit Strafe be-

b) Das zweite Konstruktionsprinzip des Internationalen Strafrechts ist das Personalitätsprinzip[1]. Knüpft das Territorialitätsprinzip an das Staatselement des Gebietes an, so findet das Personalitätsprinzip seine innere Rechtfertigung im Element Staatsvolk. Die konsequente Durchführung des Personalitätsprinzips führt dazu, daß ein Staat das Verhalten seiner Staatsangehörigen überall auf der Erde regeln kann. Es ist daher als völkerrechtswidrig angegriffen worden, weil sich daraus eine Einmischung in die Angelegenheiten anderer Staaten ergeben könne[2]. Dieser Ansicht ist zuzugeben, daß sich

---

droht. Das Gericht entschied aber, daß im vorliegenden Fall U.S. Strafrecht nicht eingreifen könne (United States v. Baker, ILR 1955, S.203 ff.):
"It is a general rule of criminal law that the crime must be committed within the territorial jurisdiction of the sovereignty seeking to try the offence in order to give that sovereign jurisdiction."
Von dieser Regel gebe es zwei Ausnahmen:
(1) An American citizen is subject to the laws of the United States wherever he may be;
(2) Die Strassheim v. Daily Rule.
Das Gericht glaubte aber, von Strassheim v. Daily unterscheiden zu können: "But this type of case is materially different from the one at bar. Here the defendant's crime was complete the moment she made the false statement; no further acts within the United States were necessary to complete the case."
Aus der Terminologie ("sovereignty") wird man annehmen können, daß das Gericht hier an eine völkerrechtliche Schranke dachte. Die weitere Entwicklung dieser Rechtsprechung wird man abwarten müssen.

1) Eine historische Einführung und rechtsvergleichende Darstellung gibt O e h l e r , Festschr. f. E. Mezger, S.83 ff.

2) Helmuth M a y e r , JZ 1952, S.609 ff., J e s c h e c k , Internationales Recht und Diplomatie, 1965, S.83 f. und WVR III, S.306 ff.

aus der Durchführung des Personalitätsprinzips sehr leicht Normenkonflikte mit dem Recht des Tatortes ergeben können. Daher wollen die Vertreter dieser Ansicht die Völkerrechtswidrigkeit des Personalitätsprinzips auf die Fälle beschränken, wo ein Widerspruch zur Rechtsordnung des Gebietsstaates besteht[1].

Gegen das aktive Personalitätsprinzip lassen sich grundsätzliche Bedenken nicht einwenden. Aufgeworfen wird aber, allerdings nicht auf dieses Prinzip beschränkt, das Widerspruchsproblem.

c) Das Schutzprinzip ist, soweit es die Rechtsgüter der Staatssicherheit und staatlichen Unversehrtheit erfaßt, an sich nur ein Unterfall der Anknüpfung an den Erfolgsort. Bedenken gegen die Völkerrechtsgemäßheit bestehen nicht, soweit nicht das Widerspruchsproblem eingreift[2].

d) Das passive Personalitätsprinzip begegnet stärkeren Bedenken[3]. Aber auch hier ist zum Nachweis der Völkerrechtswidrigkeit nötig, bestimmte Rechtspositionen anderen Staaten nachzuweisen, die durch die generelle Anwendung dieses Prinzips verletzt werden könnten. Da ein weiter Bereich dieses Prinzips schon vom Territorialprinzip in seinen beiden Ausprägungen erfaßt wird, könnte das passive Personalitätsprinzip eine eigenständige Bedeutung nur in Fällen haben, wo sowohl Hand-

---

1) So Helmuth M a y e r , aaO., J e s c h e c k , aaO. Auch der U.S. Supreme Court, der im Blackmer-Fall das aktive Personalitätsprinzip bestätigt hatte (284 U.S. 421 = 76 L. Ed.375) schränkte im Falle Skiriotes v. Florida (313 U.S. 69 = 85 L.Ed. 1193) allderdings obiter diesen Grundsatz ein: "... the U.S. is not debarred by any rule of international law from governing the conduct of its citizens upon the high seas or even in foreign countries when the rights of other nations or their nationals are not infringed." (Hervorhebung nicht im Original)

2) O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , S.332 f.

3) Vgl. dazu O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , S. 331 ff., J e s c h e c k , Internationales Recht und Diplomatie, 1956, S.92 hält das Prinzip für völkerrechtsmäßig.

lung als auch Erfolg im Ausland eintraten, und wo Handelnder ein Ausländer war. Es liegt auf der Hand, daß hier die Gefahr eines Eingriffs in die an sich zu beachtende Gebiets- oder Personalhoheit des ausländischen Staates am größten ist. In Umkehrung früherer Fragestellungen wird aber zu prüfen sein, ob das passive Personalitätsprinzip auch dann völkerrechtswidrig ist, wenn es zu keinem Normenwiderspruch führt.

III. Alle Grundsätze des Internationalen Strafrechts führen also hinsichtlich ihrer völkerrechtlichen Bewertung auf das Widerspruchsproblem hinaus. Dieser Fragenkreis ist darum aufzugreifen.

1) Ein Mensch, der unter einem unvermeidbaren und unverschuldeten Zwang eine Straftat begangen hat, wird wohl in allen Strafrechten der Welt entschuldigt sein. Ein solcher Zwang kann sich auch aus dem sanktionsbedrohten Befehl einer Rechtsordnung ergeben, wenn der Täter sich auf dem Gebiet dieser Rechtsgemeinschaft aufhält und daher auch der realen Sanktion ausgesetzt ist. Wird er dadurch gezwungen, das Recht eines anderen Staates zu brechen, so wird eine an der Gerechtigkeit orientierte Betrachtungsweise diese Zwangslage berücksichtigen müssen[1]. Für diesen, vom individuellen Aspekt aus betrachteten Problemkreis macht es aber keinen Unterschied, ob der Täter durch die Pistole eines Polizisten oder eines Verbrechers gezwungen wurde. Die Betrachtung vom individuellen Standpunkt aus gibt also nicht viel für eine Lösung des Fragenkreises ab.

2) Wenn der Staatsangehörige des Staates A im Staate B einen Mord begeht, dort, weil kein Auslieferungsabkommen besteht abgeurteilt und bestraft wird, so kann sich der Staat A nicht wegen Verletzung seiner Personalhoheit beklagen, wenn einerseits die vom völkerrechtlichen Fremdenrecht vorgeschriebenen

---

1) Daß den Angeklagten im Statut des IMT Nürnberg und im KRG 10 die Berufung auf den höheren Befehl abgeschnitten wurde, hängt mit der besonderen Konstellation dieser Verfahren zusammen und entspricht nicht dem allgemeinen Rechtsbewußtsein. (Näheres dazu bei H o f f m a n n , Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, S.129 ff.)

prozessualen Kautelen gewahrt blieben, andererseits diese Tat nach dem Recht des Staates A in gleicher Weise strafbar war[1].

Die Sachlage kann aber nicht anders sein, wenn der Staatsangehörige des Staates A diesen Mord auf dem Gebiet von A beging und später in B ergriffen wird. Wie schon das Fehlen einer allgemeinen Völkerrechtsnorm über internationale Rechtshilfe und Auslieferungspflicht zeigt, hat ein Staat kein völkerrechtliches subjektives Recht darauf, daß seine Angehörigen nur von seinen Gerichten abgeurteilt werden dürfen[2].

Daraus ergibt sich eine wichtige Erwägung: Ein großer Bereich der allgemeinen Kriminalität, der in jeder Rechtsordnung der Welt strafbar ist, kann aus der hier vorzunehmenden Untersuchung ausscheiden. Soweit Identität der Norm und des Rechtsgutes besteht, ist völkerrechtlich das Weltrechtsprinzip gegeben[3].

Interessant sind nur die Delikte, bei denen die Normidentität nicht von vornherein gegeben ist, also die Delikte, die sich um die Rechtsgüter: Staatsschutz, Schutz der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung gruppieren, oder die auf den zwar von einer Gemeinschaft, aber nicht allgemein anerkannten Vorstellungen von Sitte und Moral beruhen.

---

1) Wobei hier und bei der weiteren Betrachtung Besonderheiten der Tatidentität, z.B. die Frage der Verjährung im Tatortstaate aber nicht im Forumstaat, außer Betracht bleiben sollen.

2) S. dazu G r ü t z n e r , WVR I, S.115 ff. und WVR III, S.49 ff.

3) W e n g l e r , Völkerrecht (II) S.942, Fn.2. Ein Ausdruck dieses Prinzips ist der Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege (J e s c h e c k , Internationales Recht und Diplomatie 1956, S.89 ff.). In der 38. Sitzung der großen Strafrechtskommission sprach Jescheck vom "Ausdruck der Mitverantwortung des eigenen Staates für die gemeinsamen kriminalpolitischen Anliegen der Kulturwelt" (Niederschrift Bd.IV, S.16).

3) Die völkerrechtliche Basis für die Lösung des Widerspruchproblems ergibt sich aus folgender Überlegung:

Das Völkerrecht ist die Rechtsordnung, die im wesentlichen die Beziehungen zwischen gleichberechtigten Rechtssubjekten, den Staaten, regelt. Daher gehört zu den Verfassungsprinzipien dieser Ordnung die Pflicht eines jeden Staates, die Existenz eines anderen, gleichberechtigten Rechtssubjekts, also eines anderen Staates, zu achten[1].

Die geschichtliche Entwicklung hat zum Flächenstaate geführt, also dem Konstitutionsprinzip der Ordnung der Staaten gegeneinander, daß auf einem bestimmten Teil der Erdoberfläche nur ein Staat Herrschaft ausüben darf. Der bereits dargestellte Rechtssatz des Völkerrechts, der jedem Staat die Vornahme von Hoheitsakten auf dem Gebiet anderer Staaten verbietet, gehört wegen seiner außerordentlichen Bedeutung für die Ordnung der Rechtsbeziehungen der Staaten zueinander, zu den Grundprinzipien des Völkerrechts. Ein Staat haftet also kraft Völkerrechts für die eigenen Staatsorgane, die in die so gesicherte Gebietshoheit des fremden Staates eingreifen. Hat er seinen Angehörigen diesen Eingriff befohlen, so liegt zwar vom Standpunkt des betroffenen einzelnen ein Normenkonflikt vor, der aber nach Völkerrecht eindeutig zu lösen ist: Der Staat, der den Verletzer seiner Gebietshoheit gefaßt hat und bestrafen will, braucht den völkerrechtswidrigen Befehl des fremden Staates nicht als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen[2].

---

1) H.M., für alle: D a h m Bd.I, S.191 ff. Das bedeutet nicht, daß ein Völkerrechtssubjekt die Existenz eines anderen Völkerrechtssubjekts nicht in einer atypischen Situation, wie z.B. im Krieg, vernichten darf. Diese Vernichtung darf aber nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen und in ganz bestimmten Formen geschehen. Ähnliche Situationen zeigen sich im Wettbewerbsrecht oder im Streikrecht.

2) Ein Beispiel dafür bietet die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts im Fall Kämpfer g. Staatsanwaltschaft Zürich, BGE 65 I 39.
Die Existenz des Befehls wird aber auf der Ebene der Schuld eine Rolle spielen müssen.

Der Staat, dessen Angehöriger wegen eines solchen Delikts bestraft wird, kann sich dagegen nicht wegen Verletzung seiner Personalhoheit beschweren, denn an sich hätte er selbst durch eigene Strafdrohung das inkriminierte Verhalten verhindern müssen.

Die Verantwortlichkeit eines Staates für Verletzungen der Gebietshoheit anderer Staaten geht aber noch weiter. Das Völkerrecht kennt eine Haftung nicht nur für die Staatsorgane, sondern auch für Privatpersonen, die etwa auf dem Gebiet eines Staates einen Einfall in das Gebiet eines anderen Staates organisieren[1]. Da die völkerrechtliche Haftung eines Staates nicht durch die Besonderheiten seines nationalen Rechts ausgeschlossen werden kann, wäre ihm in einem solchen Falle auch die Berufung darauf abgeschnitten, daß die in seiner Verfassung garantierte Vereinsfreiheit alle Organisationen zulasse, die nicht gegen sein eigenes Recht verstießen und daß sein eigenes Recht kein entsprechendes Verbot enthalte.

Auf einen viel weniger gesicherten Boden begibt sich die Untersuchung der Frage, wieweit ein Staat durch Völkerrecht verpflichtet wird, zu verhindern, daß auf seinem Gebiet ein Umsturz in einem anderen Staat geplant oder propagiert wird. Gerade in diesem Bereich könnte eine solche Verpflichtung mit den elementaren Grundrechten demokratischer Staaten, wie Rede-, Meinungs- und Vereinsfreiheit in Konflikt geraten[2]. Zumindest ergibt sich aus der Entwicklung nach 1945, daß eine allgemeine Pflicht zur Unterdrückung eines jeden Aufrufs oder jeder Unterstützung zur Revolution in einem anderen Staat im Völkergewohnheitsrecht nicht anerkannt wird[3]. Aber nicht nur

---

1) G a r c í a - M o r a , International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons Against Foreign States, S.49 ff. und S.109 ff.

2) So haben sich die USA gegenüber einer Beschwerde Mexikos, auf dem Gebiet der USA würden Zeitungen zugelassen, die zur Anarchie in Mexiko aufriefen, auf die Grundrechte der US. Constitution berufen und ein Eingreifen verweigert; s. die Note des Secretary of State Knox v.7.7.1911, zitiert bei G a r c í a - M o r a , aaO., S.82, Fn.14.

3) Einen Überblick über die Staatenpraxis gibt G a r c í a - M o r a , aaO., S.86 ff. Danach geht das Strafrecht der

die Gebietshoheit, sondern auch die Personalhoheit setzt dem staatlichen Strafrecht eine völkerrechtliche Grenze. Die Allmacht des Staates wird gegenüber dem Ausländer, der sich auf seinem Gebiet aufhält, durch das völkerrechtliche Fremdenrecht beschränkt. So darf z.B. das Gastland dem Fremden nicht die Rückkehr in seine Heimat verbieten[1]. Der Befehlskonflikt zwischen der Anordnung des Heimatstaates, zur Erfüllung der Wehrpflicht heimzukehren und dem Ausreiseverbot des Gastlandes ist völkerrechtlich eindeutig zugunsten des Heimatstaates zu lösen[2].

Die bisher gewonnenen Erkenntnisse erlauben die Feststellung des folgenden Völkerrechtssatzes:

Ein Staat darf den Umfang seiner Strafrechtsnormen nicht so gestalten, daß dadurch die Adressaten auf dem Gebiet anderer Staaten zu Handlungen gezwungen werden, die gegen die Rechtsordnung dieses Staates verstoßen. Das gilt nicht für den Fall, daß der Staat, auf dessen Gebiet die Handlungen vorzunehmen sind, durch seine Rechtsbefehle die Personalhoheit des anordnenden Staates völkerrechtswidrig verletzt.

4) Normenwiderspruch zwischen zwei Rechtsordnungen kann aber nicht nur im Verhältnis von Befehl und Befehl, sondern auch im Verhältnis von Freiheit und Befehl vorliegen.

Dies tritt dann ein, wenn eine Rechtsordnung A ein bestimmtes Verhalten gebietet, die Rechtsordnung B, in deren räumlichem Bereich dieses Verhalten eintreten soll, dem Normadressaten aber die Freiheit der Entscheidung läßt. Das ist dann der Fall,

---

Ostblockstaaten am weitesten im Verbot subversiver Tätigkeiten gegenüber anderen Staaten. Dieses Verbot dürfte aber nicht der Rechtswirklichkeit entsprechen.

1) D a h m I, S.526; O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , § 317, S.678 ff. S.a. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Straftaten in Flugzeugen, S.22.

2) Das Asylrecht, das die Personalhoheit durchbricht, ist eine Rückausnahme von diesem Grundsatz.
Daß das Völkerrecht nicht überall zu einer eindeutigen Abgrenzung gefunden hat, zeigt schon das Beispiel der Doppelbesteuerung.

wenn die Rechtsordnung B diese Frage überhaupt nicht regelt, in einer qualifizierten Form aber auch dann, wenn die Rechtsordnung B es ihren eigenen Organen geradezu verbietet, dem einzelnen diese Entscheidungsfreiheit zu nehmen, wenn also etwa die Entscheidungsfreiheit grundrechtlich abgesichert ist.

a) Der Widerspruch löst sich auf, wenn der Normadressat ein im Ausland weilender Angehöriger des die Norm erlassenden Staates ist. Dann ist nach den allgemeinen Grundsätzen des völkerrechtlichen Fremdenrechts das Gastland in seiner Souveränität zugunsten der fortbestehenden Bindung des Gastes zu seinem Heimatstaat beschränkt. Der Heimatstaat verletzt wiederum die Gebietshoheit des Gastlandes nicht, wenn er seinem Staatsangehörigen auch im Ausland Pflichten auferlegt, wenn dies nur nicht zu einem positiven Verstoß gegen die Rechtsbefehle des Gastlandes führt. Die Rechtsordnung des Gastlandes wird aber nicht verletzt, wenn der Fremde von einer Berechtigung, die sie ihm einräumt, zu deren Ausübung sie ihn aber nicht verpflichtet, keinen Gebrauch macht. Daher liegt auch in einem solchen Fall kein echter Widerspruch vor, wenn der Gast von der Rechtsordnung seines Heimatstaates angewiesen wird, von einer solchen Berechtigung Abstand zu nehmen. Daran ändert auch die verfassungsmäßige Verbürgung eines solchen Rechts nichts.

b) Ein Staat ist vom Völkerrecht grundsätzlich nicht gehindert, sein Strafrecht an den auf seinem Gebiet eingetretenen Erfolg anzuknüpfen[1]. Daraus kann sich ein Widerspruch zur Rechtsordnung des Handlungsortes ergeben, wenn die den Erfolg verursachende Handlung von der Rechtsordnung des Handlungsortes erlaubt wird. Dieser Widerspruch wird umso augenfälliger, wenn diese Erlaubnis durch die Verfassung dieses Staates garantiert wird[2].

---

1) S. oben S. 435

2) Dieser Widerspruch wird besonders brennend im Verhältnis von verfassungsmäßig verbürgter Pressefreiheit und Ehrenschutzrecht des Staates, dem der Verletzte angehört. Dabei darf erinnert werden, daß das passive Personalitätsprinzip dann keine eigenständige Funktion erfüllt, wenn der Verletzte dem Staat angehört, auf dessen Gebiet der Erfolg eintrat.

(1) Hat der Täter den im Ausland eingetretenen Erfolg vorsätzlich herbeigeführt, wobei er wußte, daß der Erfolg im Ausland eintrat, so wird er sich auf die Entschließungsfreiheit, die ihm die Rechtsordnung des Tatortes überließ, nicht berufen können. Wer sein Handeln bewußt auf das Gebiet anderer Staaten erstreckt, muß die Rechtsordnungen dieser Staaten beachten[1]. Ebensowenig, wie ein Staat seinen Angehörigen befehlen darf, die Rechtsordnung anderer Staaten zu brechen, soweit die Erfolge auf deren Gebiet eintreten, darf er ihnen dies freistellen[2].
(2) Sehr viel problematischer ist die Rechtslage bei den Fahrlässigkeitsdelikten. Hier braucht die Anknüpfung nicht notwendig ein Korrelat der bewußt auf das fremde Staatsgebiet ausgedehnten Handlung zu sein. Liegt diese Voraussetzung vor, so muß der Handelnde sich auch nach den Verhaltensnormen der fremden Staatsgebiete einrichten und die von diesen Normen begründeten Sorgfaltspflichten beachten. Tritt der Erfolg aber nur zufällig im Ausland ein, so kann durch die strafrechtliche Sanktionierung die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit des einzelnen u.U. entscheidend eingeschränkt werden[3].

Eine allgemein anerkannte Formel scheint sich insoweit nicht abzuzeichnen. Man wird damit rechnen müssen, daß sich bei den einzelnen Materien verschiedene Grundsätze herausbilden. Soweit aber Unklarheiten bestehen, wirken sie sich nach der Grundstruktur des Völkerrechts zugunsten der Handlungsfreiheit der Staaten aus. So wird man die Behauptung wagen können, daß das Völkerrecht in seinem gegenwärtigen Stand nicht verbietet,

---

1) W e n g l e r , Eranion Maridakis, Bd.III, S.349 f.

2) Für das völkerrechtliche Deliktsrecht kann aber sehr wohl ein Unterschied bestehen, ob ein Staat seinen Angehörigen die Verletzung einer völkerrechtlich geschützten Rechtsposition eines anderen Staates befohlen hat, oder ob ihm nur die Unterlassung eines entsprechenden Verbotes vorgeworfen werden kann.
Das schließt aber nicht aus, daß sich der Verletzer nicht auf seine eigene Rechtsordnung berufen kann, zumal in solchen Fällen auch kein Befehlsnotstand vorliegt.

3) So wird z.B. eine Zeitung, die in verschiedenen Staaten erscheint, stärker das Ehrenschutzrecht aller dieser Staaten berücksichtigen müssen als etwa eine Provinzzeitung.

das Internationale Strafrecht auch für Fahrlässigkeitsdelikte grundsätzlich an den inländischen Erfolgsort anzuknüpfen, auch wenn der Täter seine Handlung nicht bewußt auf das Ausland erstrecken wollte.

Trotzdem wird man eine Einschränkung vermuten dürfen, die die englische und amerikanische Völkerrechtslehre mit dem Satz ausdrückt, nur die "proximate cause" einer inkriminierten Auslandshandlung dürfe zur Anknüpfung herangezogen werden[1]. Man wird diese These dahin erweitern können, daß sich die Anknüpfung innerhalb eines gewissen traditionellen Rahmens halten muß, mit anderen Worten, daß eine völlig ungewöhnliche Anknüpfung, die zugleich zu einer völlig ungewöhnlichen Ausdehnung des Internationalen Strafrechtes führt, als Rechtsmißbrauch angesehen werden kann. Im einzelnen bleibt freilich ein breiter Raum der Unsicherheit.

Diese Anknüpfung an den Erfolg darf aber nicht dazu führen, daß ein von der Rechtsordnung des Handlungsortes verfassungsmäßig eingeräumter Freiheitsraum eingeschränkt wird. Das würde dann zutreffen, wenn ein Handeln, das nach der Absicht des Handelnden das Gebiet des Handlungsortes hinsichtlich seiner unmittelbaren Wirkungen nicht überschreiten sollte, von der Rechtsordnung des Erfolgsortes erfaßt wird, da entgegen der Absicht im Ausland ein dort rechtswidriger Erfolg eintrat. Zumindest im Bereich der überkommenen Grundrechte darf der verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsraum nicht dadurch eingeengt werden, daß der einzelne mit Sanktionen aus einer fremden Rechtsordnung belegt wird, mit denen er nicht rechnen konnte, weil dadurch die Wirkung der Grundrechte und damit die Gebietshoheit empfindlich eingeschränkt würde.

5) Die bisher gewonnenen Grundsätze gestatten auch eine Lösung der vom passiven Personalitätsprinzip aufgeworfenen Fragen.

Wenn letztere durch Zufall in das Land des in seiner Ehre Verletzten gelangt, wird man leichter geneigt sein, die Berufung auf die verfassungsmäßige Pressefreiheit des Erscheinungsortes zuzulassen.

1) S. oben S. 440

Soweit Normidentität vorliegt, begegnet auch das passive Personalitätsprinzip keinen völkerrechtlichen Bedenken. Das vom Richter Moore in seinem Sondervotum zum Lotus-Fall[1] gemalte Bild einer Hafenstadt mit großem internationalen Verkehr, in der der einzelne auf Grund des passiven Personalitätsprinzips von Rechtsbefehlen aus vielen Rechtsordnungen gleichzeitig angesprochen wird, verliert seinen Schrecken, wenn all diese Befehle auf das gleiche Verhalten abzielen.

Auch in den Fällen, in denen Normidentität nicht gegeben ist, in denen aber auf Grund Völkerrechts Normidentität vorliegen müßte, stehen dem passiven Personalitätsprinzip völkerrechtliche Bedenken nicht entgegen. So legt z.B. das völkerrechtliche Fremdenrecht dem Gastland gewisse Pflichten auf, den Schutz des Fremden auch durch strafrechtliche Normen zu gewährleisten[2]. Werden solche völkerrechtlich gebotenen Gesetzgebungsakte unterlassen[3], so haftet der Staat dafür nach den Grundätzen des völkerrechtlichen Deliktsrechts[4]. Daher kann er sich auch nicht auf die fehlende Normidentität berufen.

Ähnliche Grundätze gelten, soweit der Schutz ausländischer Staatsoberhäupter[5] oder der diplomatischen Missionen den Erlaß bestimmter Strafnormen erfordert[6].

Über diesen Bereich hinaus würde allerdings das passive Personalitätsprinzip dazu führen, daß das Strafrecht eines Staates Handlungen erfaßt, die von Ausländern im Ausland begangen werden und deren unmittelbare Wirkungen nach der Absicht der Handelnden die Staatsgrenzen nicht überschreiten sollen. Für den Handelnden ist damit die Möglichkeit einer Vorausberechnung der rechtlichen Auswirkungen seines Handelns nicht mehr gegeben. Der von der Rechtsordnung des Handlungsortes gewährte Freiheitsraum wird durch fremde, nicht notwendig von vornherein erkennbare Rechtsbefehle eingeschränkt. Für diesen Fall

---

1) S. oben S. [illegible]

2) O p p e n h e i m - L a u t e r p a c h t , § 320, S.687; D a h m I, S.506.

3) In einer Rechtsordnung, in der das Strafrecht im wesentlichen auf Gewohnheitsrecht beruht, gilt Entsprechendes für das Verhalten der Gerichte.

4) D a h m III, S.185. 5) D a h m I, S.301.

6) D a h m I, S.312 und S.324.

treffen die Erwägungen Richter Moore's zu, das soweit ausgedehnte passive Personalitätsprinzip verstößt gegen die Gebietshoheit anderer Staaten und ist damit völkerrechtswidrig.

Zusammenfassung.
Hinsichtlich der völkerrechtlichen Schranken des Internationalen Strafrechts lassen sich also folgende Sätze aufstellen:

(1) Eine grundlegende Schranke wird der Strafgewalt der Staaten dadurch gezogen, daß es ihnen verboten ist, tatsächliche Hoheitsakte außerhalb des eigenen Staatsgebiets ohne Einwilligung des Gebietsstaates oder ohne besondere völkerrechtliche Ermächtigung vorzunehmen.

(2) Völkerrechtliche Probleme treten überhaupt nicht auf, wenn kein Normenwiderspruch vorliegt, wenn also die Rechtssätze aller beteiligten Staaten hinsichtlich der Strafdrohung und des geschützten Rechtsguts übereinstimmen.

(3) Für den Falldes echten Widerspruchs von Rechtsbefehlen aus verschiedenen Rechtsordnungen gibt das Völkerrecht folgende Regeln:
(a) Ein Staat darf seinen im Ausland weilenden Angehörigen nicht befehlen,die Rechtsordnung des Gastlandes zu verletzen.
(b) Ein Staat darf nicht befehlen, daß von seinem Gebiet aus Handlungen vorgenommen werden, die auf dem Gebiet eines anderen Staates einen dort rechtswidrigen Erfolg bewirken. Beide Regeln gelten dann nicht, wenn die Rechtsordnung des Staates des Erfolgsortes ihrerseits völkerrechtswidrig Rechtspositionen des anderen Staates verletzt.

(4) Befiehlt die Rechtsordnung A ein bestimmtes Verhalten, das die Rechtsordnung B der freien Entscheidung des einzelnen überläßt, so ergeben sich aus dem Völkerrecht für die Lösung dieses Konflikts folgende Grundsätze:
(a) Der Heimatstaat darf seine im Ausland weilenden Staatsangehörigen auch strafrechtlich verpflichten, von der von der Rechtsordnung des Gastlandes gewährten Freiheit keinen Gebrauch zu machen.

(b) Niemand kann sich auf die von der Rechtsordnung des Handlungsortes gewährte Freiheit berufen, der bewußt und gewollt im Ausland einen dort rechtswidrigen Erfolg herbeiführt, wenn er weiß, daß der Erfolg dort eintreten kann.

(c) Handlungen dagegen, die nach der Absicht des Handelnden keine unmittelbaren Wirkungen über das Staatsgebiet des Handlungsortes hinaus auslösen sollen, dürfen nicht von den Strafnormen eines anderen Staates erfaßt werden, wenn

(i) die am Handlungsort geltende Rechtsordnung durch Grundrechte der Verfassung die Handlungsfreiheit sichert oder

(ii) wenn mit dem im Ausland eingetretenen, dort rechtswidrigen Erfolg nicht gerechnet werden konnte; oder

(iii) wenn es sich um eine völlig ungewöhnliche, im Internationalen Strafrecht der Staaten allgemein nicht übliche Anknüpfung handelt.

(5) Das passive Personalitätsprinzip stellt dagegen eine völkerrechtswidrige Anknüpfung dar, wenn nicht

(a) Normidentität mit dem Strafrecht des Handlungsortes vorliegt
oder

(b) auf Grund völkerrechtlicher Verpflichtung eine solche Normidentität vorliegen müßte.

§ 28

Das Internationale öffentliche Recht

I. Die dritte Materie von der Rückschlüsse auf das Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht möglich sein könnten, betrifft einen Raum von rechtlichen Regelungen, der nur dem Sachgebiet nach umschrieben, nicht aber definiert werden kann.

Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ist nicht allen Rechtsordnungen gleich geläufig und selbst bei Rechtsordnungen, denen sie bekannt ist, zeigen, daß die Abgrenzungsschwierigkeiten in keiner Weise bisher eindeutig gelöst werden konnten. Eine Definition, die über den Raum des nationalen Rechts hinausdringen wollte, könnte daher nur auf rechtsvergleichender Basis vorgenommen werden.

Karl N e u m e y e r war von der Ansicht ausgegangen, die Scheidung von öffentlichem Recht und privatem Recht sei apriorisch und damit ein Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis, also allen Rechtsordnungen vorgegeben. Seine Begriffsbestimmung lautet[1]: "Öffentliches Recht ist das Recht, das den Staat regelt, soweit er sich nicht für sein Verhalten dem Privatrecht unterstellt. Privatrecht sind Verhaltensvorschriften zwischen Personen, die das Recht als gleichwertig behandelt."

Mit einer solchen Definition wird man aber dem Systemcharakter des Rechts nur schwer gerecht werden können. Konkret: die Aufgabe, den Arbeitnehmer wirtschaftlich gegen die Folgen des Arbeitsunfalls abzusichern, wird in den europäischen Rechten durch das System der Sozialversicherung als einer Zwangsversicherung erfüllt, in den USA aber durch das System der "Workmen's Compensation" einer besonderen Regelung des Rechts der unerlaubten Handlungen[2]. Systematisch Vergleichbares wird also zerrissen durch die Aufteilung in die Kategorien des öffentlichen und des privaten Rechts.

---

1) Internationales Verwaltungsrecht Bd.IV, S.27.

2) S. dazu R a b e l , Conflict of Laws III, S.204 ff.

Gekennzeichnet wird das ganze System durch die Vorstellung von der "Einseitigkeit"[1]. Das soll bedeuten:

(1) Die Normenlücke, die Grundvoraussetzung der Anwendung fremden Rechts ist, ist hier nicht gegeben, die Staatsorgane werden nur insoweit tätig, als sie eigenes Recht anwenden;

(2) die Gerichte eines Staates sind nicht bereit, Ansprüche durchzusetzen, die ihren Grund im "öffentlichen" Recht eines anderen Staates finden.

Die Einseitigkeit, die sich aus den oben dargestellten beiden Axiomen ergibt, ist aber keinesfalls absolut. Allgemein wird z.B. das Staatsangehörigkeitsrecht zum öffentlichen Recht gezählt, aber wenn das Internationale Privatrecht eines Staates an das Staatsangehörigkeitsprinzip anknüpft, müssen seine Gerichte fremdes Staatsangehörigkeitsrecht "anwenden", wenn sie feststellen wollen, ob die Anknüpfung auch tatsächlich vorliegt. Ein absolutes Verbot der Anwendung läßt sich also schon nicht nachweisen.

Im Rahmen der hier interessierenden Probleme ist also wiederum zu fragen:

1. Wieweit verbietet das Völkerrecht die Ausdehnung des Umfangs der Zuständigkeit der eigenen Organe auf Sachverhalte, die sich außerhalb des eigenen Staatsgebiets abgespielt haben?
2. Wieweit verbietet das Völkerrecht die Ausdehnung des Feldes der eigenen Norm auf Sachverhalte die sich außerhalb des eigenen Staatsgebiets abspielen oder abgespielt haben?
3. In welchen Fällen gebietet das Völkerrecht darüber hinaus die Anwendung des Rechts fremder Staaten?

Mit dieser Fragestellung soll an drei Bereiche herangegangen werden:

1. Das Internationale Steuerrecht
2. Das Internationale Sozialversicherungsrecht
3. Das Internationale Verwaltungsrecht.

---

1) Eingehend dazu: V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.194 ff.

II. Das Internationale Steuerrecht

1. Eine Begriffsbestimmung der Materie läßt sich hier leichter gewinnen, weil es sich um einen abgeschlossenen Lebenskomplex handelt. Internationales Steuerrecht ist danach die Summe aller Rechtssätze auf Grund deren die Staaten von den eigenen Angehörigen für Vorgänge im Ausland oder von fremden Staatsangehörigen Geldleistungen ohne unmittelbare Gegenleistung verlangen, einschließlich der Normen, die das Verfahren sowie die besonderen Exemtionen regeln.
Dieses Internationale Steuerrecht steht in einer gewissen Wechselbeziehung zum Internationalen Privatrecht[1], da seine Systembildung weitgehend an privatrechtliche Tatbestände anknüpft.

Zu den oben angeführten Fragen läßt sich feststellen:
Zu Frage 1: Es gibt sicher keinen Satz des allgemeinen Völkerrechts, der es den Staaten verbieten würde, schlechthin das Steuerrecht anderer Staaten anzuwenden. Das ergibt sich schon aus den Regelungen über die Anrechnung fremder Steuern. Aus der gegenwärtigen Struktur des Völkerrechts wird sich eine weitere Folgerung gewinnen lassen: Die allgemeine Handlungsfreiheit der Staaten wird durch Verbote eingeschränkt, die sich um die Schutzgüter der Personal- und Territorialhoheit gruppieren lassen. Wo diese Rechtsgüter nicht auf dem Spiele stehen, ist die unbeschränkte Handlungsfreiheit, die Souveränität, des Staates gegeben. Da nun nicht einzusehen ist, welches Rechtsgut Frankreichs verletzt würde, wenn deutsche Gerichte hier Steueransprüche gegen einen Franzosen durchsetzen würden, läßt sich bereits erkennen, daß es kein allgemeines Verbot der Durchsetzung steuerrechtlicher Ansprüche eines fremden Staates geben kann[2]. Andererseits läßt sich aus der Staaten-

1) S. dazu: B ü h l e r , Internationales Steuerrecht und Internationales Privatrecht.

2) A.A. M a n n , RabelsZ 1956, Bd.21, S.1 ff., der ein solches Verbot aus der Territorialität der Staatsgewalt folgern will.

praxis aber auch kein Gebot ableiten, eine solche Zuständigkeit zu begründen[1].
Karl N e u m e y e r hat die These aufgestellt[2], ein Staat dürfe das öffentliche Recht eines anderen Staates nicht anwenden, weil er nicht in die Angelegenheiten eines fremden Staates eingreifen dürfe. Diese These berührt das Problem des Domaine réservé. Die fehlende Pflicht zur Anerkennung solcher Entscheidungen führt bereits dazu, daß sie wirkungslos bleiben. Würde ein deutsches Gericht einen französischen Steuerbescheid aufheben, so wäre seine Entscheidung völlig wirkungslos, da für alle französischen Behörden der Bescheid weiterhin wirksam bliebe und in Frankreich auch vollstreckt würde. Würde von deutscher Seite dem Steuerschuldner die Erfüllung unter Sanktionsdrohung verboten werden, so läge ein Problem des materiellen Rechts vor.

Zu Frage 2: In Abwandlung eines Wortes von Lord E l l e n b o r o u g h könnte man fragen: "Can the Island of Tobago pass a law to tax the whole world?"[3], m.a.W.: Kann ein Staat, ohne gegen Völkerrecht zu verstoßen, seine Steuertatbestände nach dem Weltrechtsprinzip abfassen?

a) Negativ läßt sich vorweg feststellen, daß es bis jetzt keine Regelung des allgemeinen Völkerrechts gibt, die dazu führt, daß jeder Sachverhalt nur von einem Staat besteuert werden darf[4]. Schon das umfangreiche Netz der Doppelbesteuerungsabkommen würde eine solche These widerlegen.

b) Andererseits behauptet der Supreme Court of Pakistan, es gebe "the rule of international law that a legislature has authority to tax its citizens wherever they be, and to

---

1) Nicht einmal zwischen Staaten die durch ein Doppelbesteuerungsabkommen verbunden sind, wenn dieses keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Rechtshilfe enthält; vgl. dazu den von B ü h l e r , Jahrreiss-Festschrift S.44, angegebenen Fall zwischen den USA und Kanada.

2) Internationales Verwaltungsrecht IV, S.115.

3) Das Zitat lautet richtig: "Can the Island of Tobago pass a law to bind the rights of the whole world? Would the world submit to such an assumed jurisdiction?"
Buchanan v. Rucker, 1808, zitiert nach S c h m i t t h o f f , S.13.

4) Vgl. dazu das System I s a y s , Internationales Finanzrecht, S.40 ff.

tax foreigners only if they earn or receive income in the country for which that legislature has the authority to make laws."[1]

c) Das Weltrechtsprinzip eines nationalen Steuerrechts würde seine Grenze schon an der praktischen Undurchführbarkeit finden, kann doch jeder Staat seinen Steueranspruch nur innerhalb der eigenen Grenzen durchsetzen, weil ihm Hoheitsakte darüber hinaus vom Völkerrecht verboten sind[2]. Trotzdem bleibt ein Bodensatz von Problemen, ähnlich wie im Internationalen Strafrecht. Ist es hier der Aufenthalt des Täters, so ist es dort die Zugriffsmöglichkeit auf das im Inland belegene Vermögen des Steuerschuldners, das - u.U. auf dem Wege einer nach dem nationalen Abgabenrecht begründeten Mithaftung - auch die eigenwilligste steuerrichtliche Anknüpfung zu einer Realität werden läßt. Daher verwundert es, daß sich auch auf diesem Gebiet internationale Präzedenzfälle nicht finden lassen. Der innere Grund liegt darin, daß sich die Abgrenzungssysteme der nationalen Steuerrechte um bestimmte Systeme gruppieren[3], so daß sich viele Konflikte nur gedanklich darstellen lassen, in Wirklichkeit aber noch nicht eingetreten sind. Alle Anknüpfungen zeigen, daß nur Vorgänge besteuert werden, die in irgendeiner Beziehung zum Staatsgebiet oder zu den eigenen Staatsangehörigen stehen. So lassen sich aus den Doppelbesteuerungsabkommen folgende Anknüpfungsbeschränkungen ableiten[4]:

---

1) Urteil v. 30.1.1958, Imperial Company of India, Ltd. v. Commissioner of Income Tax, South Zone, Karachi, ILR 27, S.193.

2) Und zwar auch dann, wenn der Steuerpflichtige damit einverstanden ist. B ü h l e r , ZaörV Bd.XIX, S.683 berichtet, daß das Deutsche Reich 1930 dagegen protestierte, daß Vertreter der niederländischen Finanzverwaltung in Frankfurt mit Vertretern der IG-Farben auf Wunsch der letzteren wegen der Besteuerung der Tochtergesellschaften in den niederländischen Kolonien verhandelten.

3) Eine rechtsvergleichende Darstellung findet sich bei B ü h l e r , Prinzipien des Internationalen Steuerrechts, S.217 ff.

4) Die folgende Argumentation beruht auf dem methodischen Prinzip, daß Klauseln, die in völkerrechtlichen Verträgen stets zu finden sind, gerade wenn diese Verträge von den verschiedensten Partnern geschlossen wurden, als Nachweis einer

(1) Die Angehörigen eines Staates dürfen wegen ihres Gewerbebetriebes in einem anderen Staat nur dann besteuert werden, wenn sie dort eine Betriebsstätte haben.
(2) Schiffahrts- und Luftfahrtgesellschaften dürfen nur am Sitz der Gesellschaft besteuert werden.

d) Das Bewußtsein der Grenze beginnt sich im Recht der Besteuerung ausländischer Gesellschaften zu schärfen. Die Möglichkeit, über die Konstruktion der Organschaft die ausländischen Einkünfte einer ausländischen Gesellschaft zu erfassen hat in Deutschland zur Einführung des § 15 Abs.II StAnpG geführt, der einen Durchgriff durch die formale Organisation der juristischen Person gestattet. Dieser Anknüpfung wurde der Vorwurf der Völkerrechtswidrigkeit gemacht. Die Bundesregierung teilte diesen Standpunkt nicht, der BFH gab ihr Recht[1]. Diese Völkerrechtsauffassung ist nach den o.a. Grundsätzen als die der BRD zu betrachten.

e) Im einzelnen läßt sich auch in diesem Bereich das im Rahmen des Internationalen Strafrechts erörterte Widerspruchsprinzip anwenden. Man wird davon ausgehen dürfen, daß heute, im Zeitalter der zunehmenden Verflechtung von Staat und Wirtschaft, ein Staat daran interessiert sein muß, daß die Wirtschaftskraft seiner Angehörigen wie auch der auf seinem Gebiet wohnenden Personen nicht durch ausländische Besteuerung geschmälert wird[2], ein Vorgehen, das

---

opinio juris anzusehen sind, s. dazu C h r é t i e n , A la recherche du droit fiscal commun, S.224 ff. und B ü h l e r , Prinzipien des Internationalen Steuerrechts, S.37 f. B ü h l e r s Einwand gegen die Völkerrechtsqualität dieser Sätze bezieht sich darauf, daß nicht sicher ist, ob die Entwicklungsländer diesen Grundsatz anerkennen würden. Darauf kann es nicht ankommen, B ü h l e r s Vorstellung beruht auf der Lehre vom Gewohnheitsrecht als einem pactum tacitum.

1) BFH, Urt. v. 18.12.1963, BStBl. 1964 III 253. Dort ist auch die Rechtsansicht der Bundesregierung und das Gegengutachten B ü h l e r s wiedergegeben.
Ablehnend: L e i s n e r , Finanzarchiv Bd.23/24, S.298 ff., hier S.320 ff.

2) Diesen Gedanken verwendet S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Festschrift für Liermann, S.250 für das Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Recht im Kirchensteuerrecht. Er hat aber noch eine darüber hinausgehende Bedeutung.

regelmäßig auch die Devisenbilanz berühren wird. Andererseits gilt aber auch der Grundsatz, daß ein Handeln, das auf Wirkungen im Gebiet eines Staates abzielt, auch von diesem Staat geregelt werden kann; und weiter, daß die Gebietshoheit eines Staates über die auf seinem Gebiet lebenden Fremden durch die Personalhoheit des Heimatstaates beschränkt wird. Aus diesen Erwägungen lassen sich folgende Grundsätze formen:

(1) Ein Staat ist berechtigt seine eigenen Angehörigen - auf Grund welcher Vorgänge auch immer - zu besteuern. Dabei ist es allein seine Sache, die Anknüpfungsmerkmale auszuwählen und zu bestimmen[1].

(2) Ein Staat ist weiter berechtigt, die wirtschaftliche Tätigkeit von Ausländern, die sich ganz oder teilweise auf seinem eigenen Staatsgebiet abspielt, gemäß den Merkmalen seines eigenen Steuerrechts zu besteuern.

(3) Kennt ein Staat Objektsteuern für im Inland belegene Gegenstände, so braucht er auf die Ausländereigenschaft des Berechtigten keine Rücksicht zu nehmen.

Zu Frage 3: Zur Anwendung fremden Steuerrechts, die nicht in der prozessualen Konstellation der Durchsetzung des Steueranspruchs eines fremden Staates auftritt, kann es dann kommen, wenn die Erfüllung eines Vertrages verlangt wird, der gegen fremdes Steuerrecht verstoßen würde. Solche Fälle haben auf einem Teilgebiet des Steuerrechts, nämlich dem Zollrecht, bereits eine gewisse einheitliche Praxis geschaffen. Es zeigt sich, daß die staatlichen Gerichte im allgemeinen nicht bereit sind, die Erfüllung solcher Verträge zu erzwingen[2]. Diese Praxis basiert also auf der Anwendung ausländischen Steuerrechts. Darüber hinaus läßt sich feststellen: Einerseits liegt

---

1) Daher kann der Staat, dem der Steuerpflichtige angehört, auch die Zurechnung von Wirtschaftsgütern zum steuerpflichtigen Vermögen des Inländers bestimmen. Er wird daran nicht durch die Rechtsform der juristischen Person gehindert (s. dazu S e r i c k , Rechtsform und Realität juristischer Personen, S.120 ff.) und kann daher auch die Organschaft nach seinem Ermessen konstruieren, so lange dies nicht zur Besteuerung von Ausländern für rein ausländische Einkünfte führt. Die o.a. Entscheidung des BFH findet in diesem Gedanken ihre Rechtfertigung.

2) Nachweise bei R a b e l , Bd.II, S.585 ff.

eine einheitliche, noch in Ausdehnung begriffene Praxis vor, andererseits beruht sie auf der Achtung vor der Rechtsordnung der fremden Gemeinschaft, also einem völkerrechtlichen Topos, der zumindest als opinio necessitatis gewertet werden kann. Man kann also mit aller gebotenen Behutsamkeit feststellen, daß hier ein Völkerrechtssatz im Werden ist, eine Feststellung, die noch durch andere, gleichartige Erscheinungen verstärkt wird.

III. Das Internationale Sozialversicherungsrecht

Das Sozialversicherungsrecht hebt sich vom Steuerrecht wesensmäßig dadurch ab, daß dem Versicherten für seine Leistung eine Gegenleistung geboten wird, daß seine Inanspruchnahme also in weiterem Maße gerechtfertigt erscheint als im Falle des Steuerrechts. Aber auch hier zeigt sich, daß teilweise ein Kreis von Personen herangezogen wird, der keine Leistungen zu erwarten hat, wie dies für den Arbeitgeberanteil zutrifft.

Zu Frage 1: Besondere Probleme stellen sich bei dieser Materie nicht. Man wird davon ausgehen dürfen, daß die Gerichte eines Staates nicht verpflichtet sind, die Ansprüche der Sozialversicherungsträger eines anderen Staates durchzusetzen; daß in Umkehrung eine Durchsetzung der Ansprüche des Versicherten nicht möglich ist ergibt sich schon aus der fehlenden Pflicht, solche Entscheidungen anzuerkennen.

Zu Frage 2: Als unproblematisch scheidet die Frage der Leistungen aus. Es ist nicht erkennbar, wieweit die völkerrechtlich geschützte Position eines Staates dadurch verletzt sein könnte, daß einer seiner Angehörigen Leistungen von einem fremden Sozialversicherungsträger empfängt. Anders wäre es im umgekehrten Fall, wenn einem versicherten Ausländer Leistungen, auf die er gesetzlich einen Anspruch hat, verweigert würden. Die entscheidende Frage ist nur, welche Personen zur Pflichtversicherung herangezogen werden dürfen. Nach dem bisher Ermittelten wäre dies zulässig bei allen Inländern, wo auch immer sie tätig sind[1], aber auch für alle Personen, die im Inland

1) Die italienische Cass. civ. wies im Falle Sciarrone c. Lloyd Triestino die Klage eines in Alexandria beschäftigten

ihrem Erwerb nachgehen, wenn nur der inländische Erwerb zur Bemessung der Leistungen herangezogen wird[1]. Im einzelnen ist es Sache eines jeden Staates, hier die Grenzen zu ziehen, denn wer seine wirtschaftliche Tätigkeit gezielt auf das Gebiet eines anderen Staates erstreckt, muß sich gemäß den Gesetzen dieses Staates verhalten. Für die Heranziehung von Ausländern im Inland ist daher die Grenze nicht enger gezogen als im Falle des Steuerrechts[2].

Zu Frage 3: Das Problem der Anwendung fremden Sozialversicherungsrechts könnte dann auftreten, wenn über den Deliktsanspruch eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber zu entscheiden ist, der aber durch eine sozialversicherungsrechtliche Regel abgeschnitten wird. Würde ein ausländisches Gericht sich in einem solchen Falle weigern - etwa unter Berufung auf die Maxime von der Unanwendbarkeit des fremden öffentlichen Rechts - diese Regelung anzuwenden, so würde sich der Unternehmer einer doppelten Belastung ausgesetzt sehen. Zwar würde ein solches Urteil im Inland nicht anerkannt werden, trotzdem würde der Unternehmer im Ausland das Risiko der Zwangsvollstreckung laufen. Ein solcher Fall könnte einen diplomatischen Konflikt auslösen. Daher läßt sich auch hier eine Regel des Völkerrechts vermuten, die etwa lauten müßte:

Italieners gegen seinen italienischen Arbeitgeber auf Schadensersatz wegen unterlassener Versicherung ab, weil es sich um einen "rapporto di natura pubblicistica" handele, und daher das italienische Sozialversicherungsrecht nur für den Bereich des italienischen Staatsgebiets wirken würde (10.5.1962, No.937, Riv. Dir. int. 1964, S.113). Völkerrechtlich ist diese Beschränkung nicht geboten. Vgl. dazu BAG (Urt. v. 30.10.1963, BAGE 15,79): § 898 RVO a.F. ist nicht auf den Unfall eines ausländischen Arbeiters in einem ausländischen Betrieb anwendbar, weil das Aequivalent, die Leistungen fehlen, auch wenn der Arbeiter in einem Vertragsverhältnis zu einem deutschen Unternehmer steht.

1) Insoweit ist eine völkerrechtsgemäße Interpretation der Begriffe nötig, s. dazu B r a c k m a n n , Handbuch der Sozialversicherung (Bd.1), S.293 ff.

2) Die Grenze des Zulässigen dürfte mit der Entscheidung der Cour d'appel Colmar, Chambre sociale im Falle S.A.R.L. Menesa c. Caisse sécurité sociale région parisienne (3.3. 1964, Clunet 1965, S.409) erreicht sein: Kl. ist Vertreter der Bekl., die ihren Sitz in der BRD hat. Eine Zweigstelle der Bekl. in Frankreich, zu der der Kl. in keiner Vertragsbeziehung stand, genügt, um die Versicherungspflicht für die Bekl. zu begründen.

Ist ein Arbeitnehmer in einem im Ausland liegenden Betrieb tätig, wird er dort nach den für den Betriebssitz geltenden Regeln des Sozialversicherungsrechts geschützt, so müssen die sich daraus ergebenden Folgerungen auch im Ausland anerkannt werden, selbst wenn sie sich im konkreten Fall zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken[1].

IV. Weitere Bereiche des öffentlichen Rechts

Es gibt viele Sachgebiete die man zum öffentlichen Recht zählen kann, die internationalrechtlich keine Probleme bieten, weil die Gebietshoheit des Staates hier so eindeutig durchgreift, daß jede grenzüberschreitende Regelung sinnlos wäre und daher auch niemals versucht worden ist[2]. Würde eine deutsche Behörde eine Gewerbegenehmigung für einen französischen Betrieb erteilen, so würde sie ein Nichts schaffen, da Frankreich nicht zur Anerkennung dieses Verwaltungsakts verpflichtet ist, und der Berechtigte also davon keinen Gebrauch machen kann. Ähnliches gilt für Führerscheine, akademische Diplome und vieles andere mehr. Im Folgenden sollen daher nur einige Sondermaterien herausgegriffen werden, bei denen es wirklich zu internationalen Konflikten gekommen ist und an denen daher völkerrechtliche Regeln evident wurden.

Zu Frage 1: Daß die Entscheidung über Hoheitsakte fremder Staaten als ein Problem des Domaine réservé angesehen wird, wurde schon mehrfach dargestellt. Diese Frage ist hier nochmals aufzugreifen:

a) Kein Gericht ist gehindert zu prüfen, ob ein fremder Hoheitsakt oder eine fremde Rechtsnorm nach deren eigener Rechtsordnung nichtig ist[3]. Dies läßt sich rechtslogisch daraus begründen, daß der Rechtsanwendungsbefehl auf die g e l t e n d e Rechtsordnung verweist, nichtiges Recht

---

1) Irgendwelche Präzedenzfälle scheinen nicht vorzuliegen.

2) V o g e l , Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, S.357 ff., versucht hier "Feldtheoretische Topoi" durch Interpretation von innen zu finden.

3) S. zum Folgenden N e u m a y e r , RabelsZ Bd.23, 1958, S.573 ff.

aber eben nicht geltendes Recht ist. Auch völkerrechtlich stehen dem keine Bedenken entgegen, da kein Staat die Beachtung einer Rechtsnorm verlangen kann, die er selbst für nichtig erklärt. Anders ist die Frage zu beantworten, wenn der Staat die Nichtigerklärung eines Hoheitsaktes wegen Fehlerhaftigkeit einer bestimmten Instanz vorbehalten hat. Hier ist das durch solche Akte geschaffene Recht anzuerkennen, weil es bis zu seiner Aufhebung eben noch geltendes Recht ist[1]; andererseits schützt der Domaine réservé den Staat vor einer Aufhebung dieses Hoheitsaktes durch die Gerichte eines fremden Staates. Eine andere Frage ist es aber, wieweit solche Hoheitsakte im Ausland anerkannt werden müssen. Soweit nicht ausdrücklich völkerrechtliche Pflichten bestehen ist dies allein von der Interpretation des Rechtsanwendungsbefehls abhängig. Daß diese Regeln allerdings nicht für völkerrechtliche Gerichte gelten, wurde bereits dargelegt[2].

b) Die zweite Frage, die sich in diesem Rahmen stellt, ist die, ob die Gerichte eines Staates prüfen können, ob sich der fremde Staat in den Grenzen der ihm vom Völkerrecht verliehenen Kompetenz gehalten hat, m.a.W., ob das von diesem gesetzte Recht völkerrechtswidrig ist. Hier zeigt die Staatenpraxis folgendes Bild: Staatliche Gerichte haben diese Prüfungsbefugnis schon stets in Anspruch genommen[3], haben sich aber andererseits nicht dazu für verpflichtet erachtet, soweit nicht die eigenen Staatsangehörigen betroffen waren[4]. Die Act-of-State Doctrine, die den Gerichten der USA diese Prüfung grundsätzlich verbietet, ist, wie der Supreme Court jetzt eindeutig klargestellt hat[5], eine Angelegenheit des Verfassungsrechts der USA, nämlich der

---

1) Oben, S.58.

2) Oben, S.364.

3) Eine Zusammenstellung der Rechtsprechung findet sich bei H e i z , Das fremde öffentliche Recht im Internationalen Kollisionsrecht, S.157 ff.; s. jetzt dazu Seidl - H o h e n v e l d e r n , Recht im Wandel, S.591 ff.

4) So das OLG Bremen im Tabakstreit, Urt. v. 21.8.1959, IPRSpr. 58-59 Nr.7 A, allerdings nur obiter, als Hilfsbegründung.

5) Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398.

Gewaltenteilung, hat also keine völkerrechtliche Relevanz, nicht einmal als abweichendes System im Sinne des Fischerei-Streits[1].

Die ganze Frage beruht auf folgenden grundlegenden Erwägungen:

(1) Das Völkerrecht kennt als Sanktion auf eine völkerrechtswidrige staatliche Rechtssetzung nicht die Nichtigkeit der staatlichen Norm, wohl aber die Unbeachtlichkeit der durch sie geschaffenen Situation. Das gilt eindeutig für völkerrechtliche Gerichte[2], berechtigt aber auch die Staaten zum Ausspruch dieser Sanktion, denn kein Staat kann völkerrechtliche Rechte aus einer völkerrechtswidrig erlangten Position geltend machen.

(2) Das Völkerrecht kennt aber keine allgemeine Pflicht, eine solche Sanktion auch zu verhängen. Die Tatsache, daß eine solche Pflicht in der SVN ausdrücklich begründet werden mußte[3], weiterhin das Schicksal der Stimson-Doktrin[4], erbringen dafür den Beweis. Daher ist auch jeder Staat in seiner Entscheidung frei, ob er eine solche Situation anerkennen will oder nicht. Ein allgemeiner internationaler ordre public hat sich insoweit noch nicht gebildet[5].

Zu Frage 2: Die Grenzen der staatlichen Regelungsgewalt sind in drei Bereichen deutlich geworden: Im Internationalen Konfiskations- und Enteignungsrecht, im Internationalen Kartellrecht und - an einem Sonderpunkt - im Internationalen Arbeitsrecht.

a) Im Internationalen Konfiskations- und Enteignungsrecht hat sich die Regel gebildet, daß kein Staat die Zuordnung von Sachen und Forderungen regeln kann, die sich nicht auf

---

1) Oben, S. 318 ff.

2) Oben, S. 363

3) S. dazu D a h m II, S.387 ff.

4) S. dazu W e h b e r g , WVR III, S.393 ff.

5) A.A. sind K o l l e w i j n , NTIR Bd.6, 1959, S.163 und S a u v e p l a n n e , Internationaal Privaatrecht: Internationaal Recht?, S.12 ff.

seinem Staatsgebiet befinden[1]. Diese Regelung braucht der Gebietsstaat nicht anzuerkennen und da er faktisch allein die Zuordnung erzwingen kann bleibt also die fremde Regelung wirkungslos. Da diese Auffassung überdies noch von der überwiegenden Mehrzahl der Staaten vertreten wird[2], könnte ein solcher Übergriff in die Gebietshoheit eines Staates - auch in nicht betroffenen Staaten - nicht mit Anerkennung und Schutz rechnen.

Diese Regel wird noch dadurch erhärtet, daß es dem Gebietsstaat vorbehalten bleibt durch den Begriff der "Belegenheit" der Maßnahme des fremden Staates Grenzen zu ziehen. Die deutsche Rechtsprechung sah sich nach dem Zweiten Weltkrieg in besonderem Maße vor diese Probleme gestellt, da die Bundesregierung sich völkerrechtlich verpflichten mußte, die während des Krieges von den Alliierten gegen das deutsche Auslandsvermögen getroffenen Maßnahmen anzuerkennen[3]. Damit waren der BRD Einwendungen aus der Position der Personalhoheit abgeschnitten nicht aber aus der der Gebietshoheit. Darum kam den deutschen Gerichten die Aufgabe zu, die deutsche Völkerrechtsauffassung hinsichtlich

---

1) S. dazu jetzt D o m k e , WVR I, S.428 ff., II, S.264 ff. und S e i d l - H o h e n v e l d e r n , WVR II, S. 568 ff.; zur englischen Auffassung vgl. Gillian W h i t e , Nationalisation of Foreign Property, S.93 ff.

2) S. dazu S e i d l - H o h e n v e l d e r n , Investitionen in Entwicklungsländer und das Völkerrecht, dort, auf S.67 ff. ist eine Bibliographie über Staatseingriffe in ausländisches Privateigentum zusammengestellt; die Rechtsprechung der nationalen Gerichte findet sich bei S e i d l - H o h e n v e l d e r n , Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, S.55 ff.; s. dazu weiter K e g e l , Probleme des internationalen Enteignungs- und Währungsrechts und für die schweizerische Auffassung: V a n n o d , Fragen des Internationalen Enteignungs- und Konfiskationsrechts.
Die abweichende Auffassung der Ostblockstaaten wird dargelegt von B y s t r i c k ý in: Fragen des Internationalen Privatrechts, S.92 ff.

3) Art.3, Teil VI des Pariser Überleitungsvertrags. Eine ähnliche Wirkung hatte bereits das AHKG Nr.63, s. dazu BGHZ 8,378; zur weiterreichenden Bindung durch den Überleitungsvertrag s. die Entscheidung des BGH im AKU-Fall, IPRSpr. 1956-57, Nr.18.

der Ausdehnung dieser Maßnahmen zu entfalten. Durch die Theorie von der Belegenheit der Forderung am Schuldnerwohnsitz[1], von der Spaltgesellschaft[2], von der Verknüpfung von Auslandsforderung mit der Hypothek auf einem inländischen Grundstück[3] wurde diesen Maßnahmen eine Grenze gezogen, die ihnen nahezu jede extraterritoriale Wirkung nahm.

b) Die Antitrust-Gesetzgebung der USA hat den Zweck, den Wettbewerb auf dem Inlandsmarkt zu sichern, mit der zunehmenden Verflechtung des Welthandels gehen solche Einflüsse aber auch von Vereinbarungen aus die im Ausland geschlossen, dort vollzogen werden, aber den Import oder Export der USA berühren[4]. Hatte der Supreme Court im Jahre 1909 noch erklärt, der Wettbewerb amerikanischer Firmen in

---

1) OLG Köln, Urt. v. 18.2.1959, IPRSpr. 58-59 Nr.30, BGH v. 5.5.1960, WM 1960, S.717: "Diese Auffassung rechtfertigt sich für staatliche Enteignungen daraus, daß der enteignende Staat die Forderung nur gegen einen seiner Macht unterworfenen Schuldner durchsetzen kann und er Macht in der Regel nur über einen Schuldner hat, der in seinem Gebiet wohnt."

2) BGHZ 25,134; besonders weitgehend das BAG: Für die nicht mehr durchsetzbare Pensionsforderung gegen die frühere Arbeitgeberin in Prag haftet deren fortbestehende deutsche Filiale (Urt. v. 28.20.1958, IPRSpr. 58-59 Nr.29).

3) BGH, Urt. v. 14.1.1959, IPRSpr. 58-59 Nr.57.

4) Zur gesamten Entwicklung s. K r o n s t e i n - M i l l e r - S c h w a r t z , Modern American Antitrust Law, dort sind auch die einschlägigen Gesetze abgedruckt (S.290 ff.); zur Rechtslage nach deutschem Kartellrecht vgl. S c h w a r t z , Deutsches Internationales Kartellrecht; R e h b i n d e r , Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts und S c h l o c h a u e r , Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten.

Guatemala gehe ihn nichts an[1], so zeigt die folgende Entwicklung eine zunehmende Ausdehnung des Umfangs dieser Gesetze, bis es am Ende zu Konflikten kam, die eine Grenze dieser Ausdehnung anzeigen.

Die amerikanischen Gesetze erfassen U.S.-Firmen auch im Ausland, wenn sie einen Auslandsmarkt beherrschen und damit die Einfuhr in die USA monopolisieren[2], und zwar auch dann, wenn die Vertragspartner ausländische Firmen sind, wenn nur tatsächlich der Markt der USA berührt wird[3], und - in seiner bis jetzt weitesten Ausdehnung - auch eine Vereinbarung ausländischer Firmen, wenn sie den Zweck hat, deren Import in die USA oder ihren Export aus den USA zu regeln, und sich darauf auch tatsächlich auswirkt[4].

---

1) American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 = 53 L.Ed.826.

2) So der Supreme Court im Falle: U.S. v. Sisal Sales Corporation (1926, 274 U.S. 368 = 71 L.Ed. 1042) und der U.S. District Court, Southern District N.Y. im Falle: Sanib Corporation v. United Fruit Co. (1953, 135 F. Supp. 764 = ILR 1955, S.182).

3) So der Supreme Court im Falle: Timken Roller Bearing Co. v. U.S. (1950, 341 U.S. 593 = 95 L.Ed. 1199).

4) Richter H a n d im Falle: U.S. v. Aluminium Company of America (United States Court of Appeal, 2d Circuit, 1945, 148 F 2d 416) diese Entscheidung hat die gleiche Bedeutung als Präjudiz wie eine des Supreme Courts, auf Grund der besonderen Konstellation, unter der sie entstand, s. dazu K r o n s t e i n , Festschrift für Martin Wolff, S.227, Fn.6): "... for argument we shall assume that the Act (scil.: der Sherman Act) does not cover agreements even though intended to affect imports or exports, unless its performance is shown to have had an effect upon them. Where both conditions are satisfied the situation certainly falls within such decisions as ..." (Hervorhebung nicht im Original). Die dann zitierten Entscheidungen betreffen die Zulässigkeit der extraterritorialen Ausdehnung amerikanischer Gesetze. In diesem Falle handelt es sich bei der Beklagten zwar um eine U.S. Gesellschaft, sie war aber nicht Partner des inkriminierten Vertrags, sondern ihre kanadische Tochter. Trotzdem wurde ihr befohlen, auf letztere einzuwirken, daß sie aus dem Kartell austrete. S. jetzt den noch nicht abgeschlossenen Fall: U.S. v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc. et al. U.S. District Court S.D.N.Y., 133 F. Supp. 40 = ILR 1955, S.168.

Zwei Grenzen aber zeigten sich:

i) Die Ermittlungen der U.S. Behörden werden beschränkt durch die Gesetzgebung anderer Staaten, die zum Teil unter Strafdrohung ihren Angehörigen die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen verbieten[1].

ii) Durch Urteile eines U.S. Gerichts verhängte Befehle sind nicht durchsetzbar, wenn sie eine ausländische Gesellschaft betreffen und von dieser ein Verhalten verlangen, das einen Vertragsbruch gegenüber einem anderen ausländischen Partner bedeuten würde[2].

c) Der dritte Bereich betrifft das Internationale Arbeitsrecht an einem ganz bestimmten Punkt.
Allgemein ist anerkannt, daß im Seerecht an das Recht der Flagge angeknüpft wird. Das Phänomen der "billigen Flaggen" warf die Frage auf, ob diese Anknüpfung völkerrechtlich zwingend ist[3].
Gerichte der USA wurden mit Anträgen befaßt, das Arbeitsrecht der USA auf Schiffe auszudehnen, die unter der Flagge von Panama oder Liberia u.ä. Staaten fahren, aber in Wirklichkeit U.S. Gesellschaften gehören. Der U.S. Supreme Court stellte 1953 fest, die Anknüpfung an das Flaggenrecht

---

1) So die Schweiz und Ontario, s. dazu G i l l in: B r e w s t e r , Antitrust and American Business Abroad, S.482 ff.

2) Im Falle: U.S. v. Imperial Chemical Industries Ltd. et al. hatte der District Court der britischen Beklagten ICI die Pflicht auferlegt, gewisse Patente, die sie vom du Pont Konzern erhalten hatte, an diesen zurückzuübertragen (District Court S.D.N.Y., 1952, 105 F. Supp. 215). Daraufhin strengte eine britische Lizenznehmerin der ICI vor einem englischen Gericht ein Verfahren gegen diese an, mit dem Antrag, ihr die Rückübertragung zu verbieten. Der Court of Appeals (British Nylon Spinners Ltd. v. Imperial Chemical Industries, Ltd., 1952 2 All ER 780) gab dem Antrag statt; es handle sich um einen in England zu erfüllenden Vertrag über ein in England geschütztes Patent, darüber habe das U.S. Gericht keine "jurisdiction", die "comity" gebiete den englischen Gerichten nicht, die Entscheidung des amerikanischen Kollegen anzuerkennen.

3) S. dazu eingehend: S c h u l t e , Die "billigen Flaggen" im Völkerrecht.

sei zwar im "Maritime Law" üblich, könne aber durch besondere Beziehungen zu den USA ihr Gewicht verlieren[1]. Daher gingen U.S. Gerichte im Falle der Anwendung des "Jones Act"[2] einige Male vom Flaggenrecht ab[3]. Der Supreme Court verweigerte allerdings die Anwendung kollektiven Arbeitsrechts auf Schiffen unter "billigen Flaggen", die zwar U.S. Gesellschaften gehörten, aber mit ausländischer Besatzung fuhren[4].

Zu Frage 3: Auf diesem Gebiet zeichnet sich eine Entwicklung ab, die zu einer internationalen Zusammenarbeit in weitestem Rahmen führt.

a) Einerseits bringt das Vertragssystem von Bretton Woods in das Internationale Vertragsrecht einen neuen Zug, es begründet die Pflicht für alle Partner des Vertrages, die Devisengesetze der einzelnen Vertragspartner anzuwenden[5].

b) Die dahinter stehende Tendenz hat sich aber ausgeweitet, so daß man heute zu einer Sonderanknüpfung gelangt für alle Regulierungen, die ein Staat innerhalb seines Staatsgebietes zum Schutz seiner Interessen trifft[6].

---

1) Lauritzen v. Larsen, 345 U.S. 571 = 97 L.Ed. 1254.

2) Der Jones Act (46 U.S.C. § 688) regelt die Ansprüche von Seeleuten gegen den Schiffseigentümer bei Arbeitsunfällen.

3) So der U.S. District Court S.D.N.Y. im Falle: Bobolakis v. Compania Panamena Martima San Gerassimo, S.A. et al. (168 F. Supp. 236 = ILR 26, S.236), mit der Begründung: "Under the view pressed by Compania, an American owner might escape his statutory liability merely by interposing a foreign corporation between himself and the vessel, both of which, for all practical purposes, he owns. I do not believe that the law can so easily be baffled."

4) McCulloch, Chairman, National Labor Relation Board et al. v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras, 372 U.S. 10.

5) S. dazu die Berichte von G o l d in RabelsZ Bd.19, 1954, S.601 ff., Bd.22, 1957, S.601 ff., Bd.27, 1962/63, S.606 ff.

6) Eine Zusammenstellung der Rechtsprechung findet sich bei V i s c h e r , Internationales Vertragsrecht, S.188 ff. und De W i n t e r , NTIR; 1964, S.329 ff.

Diese Rechtsprechung beruht auf drei voneinander zu trennenden Aspekten:

i) Der Betroffene soll nicht dem Konflikt sich widersprechender Befehle ausgesetzt werden[1];

ii) Handlungen, die vorsätzlich gegen das Recht eines anderen Staates verstoßen, werden wegen ihrer generell demoralisierenden Wirkung als sittenwidrig angesehen[2];

iii) Solche Verträge werden aus Achtung vor dem fremden Staat, dessen Rechtsordnung sie verletzen, für ungültig erklärt[3].

---

1) So z.B. die bemerkenswerte Entscheidung des Reichsgerichts vom 28.6.1918 (RGZ 93,182). Die englische Beklagte wird nicht zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung verurteilt, weil ihr die Leistung auf Grund der englischen Kriegsgesetzgebung unmöglich geworden sei.
Die vom Gericht getroffene Unterscheidung zwischen der Anwendung des englischen Rechts, die nach Art.30 EGBGB ausgeschlossen sei, und der Beachtung der durch das englische Recht geschaffenen Unmöglichkeit, ist unzutreffend. In beiden Fällen mußte das Gericht das englische Recht anwenden. Die Unterscheidung muß vielmehr auf den Grund der Anwendung abstellen. Das bedeutet hier, daß der Richter das englische Recht anwendet, nicht aus Achtung vor dem englischen Recht oder dem englischen Staat, sondern um ein inhumanes Ergebnis zu vermeiden.

2) Dieser Gedanke liegt der Unterscheidung zugrunde, die darauf abstellt, daß nicht jeder Verstoß gegen das fremde Recht, sondern nur der Verstoß gegen Normen, die durch von allen Kulturstaaten anerkannte sittliche Werte gerechtfertigt sind, mit der Nichtdurchsetzung der Vertragspflicht geahndet wird. Aus der dt. Rspr. s. dazu RGZ 108,241 (Nichtanwendung des sowjetischen Devisenrechts), aus der schweizerischen BGE 76 II 33 (Suleyman g. Tungsram A.G.: Ein Vertrag, der gegen das rumän. Devisenrecht verstößt, wird nicht für ungültig erklärt) und BGE 80 II 49 (Transatlantic Trading Co. g. Winterstein & Co.).
Ähnliche Erwägungen liegen auch dem Urteil des BGH vom 21.12.1960 (BGHZ 34,169) zugrunde: Nach dem Vertrag sollte die eine der Parteien eine inhaltlich unrichtige Erklärung abgeben, mit deren Hilfe die Embargo-Bestimmungen der USA umgangen werden sollten. Der Senat stellt einerseits darauf ab, daß ein solches Verhalten nicht dem Bilde vom "Ehrbaren Kaufmann" entspreche, andererseits betont er aber auch, daß das von den USA verhängte Embargo wichtigen Interessen der Allgemeinheit diene.

3) Dieser Standpunkt liegt der englischen Rechtsprechung zugrunde. Schon 1920 stellte S c r u t t o n L. J. im Court of Appeal fest: "This country should not in my opinion assist or sanction the breach of the laws of other independent States." (Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota Y Aznar, 1920, 2. K.B. 287). Die Entscheidung des House of

c) Das bei der internationalen Zuständigkeit im Rahmen des Zivilprozeßrechts beobachtete Phänomen tritt auch hier auf: Durch die Anwendung des fremden Rechts üben die Staaten zugleich eine Kontrolle über seinen Umfang aus. Würde ein Staat etwa eine Devisengesetzgebung über den in der Staatenpraxis üblichen Umfang hinaus ausdehnen, so könnte er nicht damit rechnen, daß seine Gesetze in vollem Umfang auch im

---

Lords im Falle Regazzoni v. K. C. Sethia Ltd. (1957, 3 All ER 286) bestätigte diese Regel. Ein Vertrag, der die Ausfuhr von Jute aus Indien unter Verstoß gegen das Recht der Republik Indien bezweckte, wurde für ungültig erklärt, obwohl
- proper law of contract das englische Recht war, und
- die indische Gesetzgebung als Kampfmaßnahme gegen die Diskriminierung der Inder in Süd-Afrika erlassen worden war.

Dabei traf das House of Lords aber zwei Einschränkungen:
(1) Diese Anwendung des fremden Rechts beruhe auf Comity, nicht auf einer echten völkerrechtlichen Verpflichtung und
(2) sie gelte nur gegenüber "friendly countries".
Ähnliche Gedanken vertritt das Tribunal civil de la Seine im Falle Spitzer c. Ammunategui, R.C.D.I.P. 1956, S.679 (mit Note von Batiffol) und der Hoge Raad der Niederlande im Falle De Vries v. van Kroon (N.J. 1957 Nr.1). Im letzteren Falle betonte der Advocaat General L a n g e m e i j e r in seiner conclusie, daß die gesteigerte Interdependenz der Staaten eine verstärkte internationale Zusammenarbeit auch auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts gebiete. Die Entscheidung ist insofern bemerkenswert, als
(1) ein Verstoß gegen Devisenrecht vorlag, also eine Materie, die bisher nicht allgemeine Anerkennung fand, und
(2) ein Verstoß gegen indonesisches Devisenrecht, also das Recht eines Staates zu dem die Niederlande nicht in den besten Beziehungen standen.
Die Entwicklung ist aber noch im Fluß. Das zeigt das Beispiel der von Arminjon im Rahmen des Institut de Droit international vorgeschlagenen Resolution. Arminjon hatte folgende Regelung angeregt (Annuaire Bd.43 II, 1950, Art.20 des Projet définitif, aaO., S.8): "Est illicite tout acte, contrat, entreprise ou organisation ayant pour objet d'empêcher soit l'application de lois politiques, fiscales ou monétaires dans le pays où ces lois sont en vigueur, soit l'exécution dans ce pays des jugements qui y ont été rendus conformément à ces lois. Est notamment illicite tout acte, contrat, organisation ou entreprise dont l'objet est de faire la contrebande ou de frauder le fisc dans un pays étranger, d'y exercer un commerce ou une industrie dont le monopole a été réservé à l'Etat ou à une personne morale publique, d'y importer ou d'en exporter des instruments monétaires contrairement aux lois qui y sont en vigueur."

Ausland angewendet werden[1]. Das kann dazu führen, daß sich ein System anerkannter Anknüpfungspunkte gleichsam einspielt.

Zusammenfassend läßt sich feststellen: Das Internationale öffentliche Recht durchdringt das Internationale Privatrecht auf ähnliche Weise, wie in den staatlichen Rechtsordnungen das öffentliche Recht das Privatrecht. Dabei zeichnet sich wegen der schärferen Reaktion der Staaten auf diese Eingriffe ein System

---

Die Vollversammlung des Instituts schwächte dies zu folgenden Regeln ab (Resolution vom 30. April 1954, TGR No.126, S.360):

"Sauf dispositions contraires des conventions internationales, les lois fiscales ne sont pas applicables hors du pays où elles ont été édictées."

"La disposition de l'article premier ne s'oppose pas à ce que soit considéré comme illicite tout acte, contrat, entreprise ou organisation ayant pour objet d'empêcher l'application de lois fiscales dans le pays où ces lois sont en vigueur."

1) So in England der Court of Appeal im Falle Kleinwort Sons & Co. v. Ungarische Baumwolle Industrie Actiengesellschaft and Hungarian General Creditbank (1939, 3 All ER 38). In diesem Falle hatten sich die ungarischen Beklagten darauf berufen, daß ihnen die von den englischen Klägern geforderte Geldzahlung auf Grund der ungarischen Devisengesetzgebung unmöglich geworden sei. Das Gericht wies den Einwand zurück, die Beklagten hätten Vermögen außerhalb Ungarns, aus dem sie zahlen könnten, daher werde keine nach ungarischem Recht verbotene und in Ungarn vorzunehmende Handlung gefordert. Wolle sich das ungarische Devisenrecht aber extraterritoriale Wirkung zumessen, so könne es insoweit vor englischen Gerichten nicht angewendet werden.
M c K i n n o n , L. J.: "If we were to accede to it (scil. der extraterritorialen Ausdehnung), it would have the result that, supposing the kingdom or legislature of Ruritania passed a law that no Ruritanian subject should pay a hotel bill which he had incurred, then, when the Ruritanian subject was sued in the country court by the hotel proprietor, if that principle were correct, the country court would have to give judgment for the defendant. That seems to me obviously absurd ..."

völkerrechtlicher Schranken ab, die den Schutz der Gebietshoheit bezwecken:

(1) Der Gebietsstaat allein bestimmt die sachenrechtliche Zuordnung, so daß jede diese Zuordnung verändernde Maßnahme an der Grenze des sie erlassenden Staates endet;

(2) Allgemein wird aber die Ordnung eines Staates innerhalb seines Staatsgebietes dadurch anerkannt, daß Verträge, die seine Rechtsordnung mit Wirkung für sein Staatsgebiet verletzen, auch vor den Gerichten eines anderen Staates nicht durchgesetzt werden können.

(3) Jeder Staat ist berechtigt, die von einem anderen Staate erlassenen Normen auf ihre Übereinstimmung mit dem Völkerrecht zu prüfen und zumindest dann ihre Anwendung zu verweigern, wenn

(a) die Norm gegen das allgemeine Völkerrecht verstößt oder

(b) völkerrechtlich geschützte Rechtspositionen des Forumstaates verletzt werden.

§ 29

Ausblick: Die Bedeutung der bisher ermittelten Grundsätze im Internationalen Privatrecht

An drei Punkten kann die andersartige Systematik des Völkerrechts in das System des Internationalen Privatrechts eingreifen: Die Rechtsgüter der Gebiets- und Personalhoheit begründen eine Reihe völkerrechtlicher Pflichten. Die Erkenntnis, daß die Staaten bei der Abgrenzung ihres und der Anwendung fremden Rechts nach einem gewissen System vorgehen, fordert die Prüfung, wieweit sie völkerrechtlich an das einmal angenommene System gebunden sind, oder ob Ausnahmen im Sinne des "result selective approach" zulässig sind[1]. Diese drei Problemkreise bleiben noch zu erörtern.

I. Die Gebietshoheit

1. Die Gebietshoheit ist entscheidend dadurch gesichert, daß jedem Staat das Monopol der Vornahme von Hoheitsakten auf seinem Staatsgebiet zusteht. Dazu gehört auch das Monopol der Gewalt. Daraus folgt eine im Grundsatz totale Herrschaft über alle auf dem Staatsgebiet befindlichen Personen und Sachen, die nur durch völkerrechtliche Ausnahmen, welche ihren Grund in der Personalhoheit finden, beschränkt wird.

a) Das Gewaltmonopol erlaubt es dem Staat, auf seinem Gebiet seine Anordnungen durchzusetzen. Die absolute, allgemein anerkannte Geltung des Territorialitätsprinzips im Strafrecht hat darin seine Grundlage. Was für das Strafrecht gilt, muß auch für das ihm verwandte Recht der unerlaubten Handlungen gelten[2]. Aber auch die sachenrechtliche Zuordnung, die ja ihren wesentlichen Zug dadurch erlangt, daß es dem Berechtigten gestattet wird, anderen die Einwirkung auf die Sache zu verbieten, setzt die dahinter stehende Zwangsgewalt des Staates voraus, die sich nur

---

1) S. oben, S.250 ff.

2) Schützen doch Strafrecht und Recht der unerlaubten Handlungen oft das gleiche Rechtsgut, s. dazu etwa das UWG, das WZG, das KUG, das UrhG.

auf dem eigenen Staatsgebiet auswirken kann. Der Staat, auf dessen Gebiet sich die Sache befindet, kann also allein die Zuordnung durchsetzen, bei Grundstücken ist diese Zuordnung sogar absolut, ohne irgend mögliche Störungen durchzusetzen. Der Grundsatz des stärkeren Rechts, so sehr ein Störenfried im System des Internationalen Privatrechts[1], ist nichts anderes als die Anerkennung der aus der Gebietshoheit sich ergebenden Reflexstellung. Gegen den Willen des Gebietsstaates läßt sich auf dessen Gebiet selbst nichts durchsetzen.

b) Aus diesem Nebeneinander von Gebietshoheiten ließe sich aber kein System bilden, wenn nicht die Pflicht hinzuträte, die innerhalb einer Gebietshoheit geschaffenen Zustände auch außerhalb zu achten. Die Norm, die einen Befehl an eine Person im Ausland richtet, kann dadurch für den Adressaten Bedeutung gewinnen, daß er sich in das Inland begibt, oder daß er im Inland Vermögen hat, welches sich dem Zugriff der staatlichen Sanktion stellt; die über die Landesgrenze gebrachte Sache wird herrenlos, wenn der neue Gebietsstaat die Zuordnung des alten nicht anerkennt. Schon aus diesen Beispielen ergibt sich, daß das Nebeneinander der Gebietshoheit keine Ordnung ergeben kann, wenn nicht die Pflicht zur Achtung der fremden Gebietshoheit gewisse Beschränkungen der Freiheit, d.h. der Souveränität der Staaten begründet.

2. Das Internationale Deliktsrecht

Diese Materie ist dem Internationalen Strafrecht nahe verwandt, aus diesem Grunde hielt noch S a v i g n y es für ausgeschlossen, daß jemals die Gerichte des einen Staates das Deliktsrecht eines anderen anwenden würden[2]. Die Entwicklung ist glücklicherweise aber nicht so gelaufen, die nahezu universal anerkannte Anknüpfung an die lex rei sitae räumt das Widerspruchsproblem aus[3]. Zwar können sich aus der Anknüpfung an den Ort des Erfolges - zumal wenn die Qualifikation nach der lex fori erfolgt - Widersprüche zu dem Recht

---

1) S. dazu oben, S.226 ff.

2) System des heutigen Römischen Rechts, Bd.VIII, § 374, S.278 ff.

3) Näheres dazu bei R a b e l II, S.235 ff.

des Handlungsortes ergeben[1]. Diese Widersprüche werden aber dadurch beseitigt, daß die am Handlungsort eingeräumte Freiheit als Rechtfertigungsgrund angesehen wird[2]. Das wird besonders deutlich am englischen Recht, das aus historischen Gründen voraussetzt, daß die unerlaubte Handlung nach englischem Recht ein Delikt sein muß und nicht vom Recht des Handlungsortes gerechtfertigt sein darf[3]. Insoweit kann das Überschreiten der vom Völkerrecht dem Strafrecht gezogenen Schranken kaum eintreten. Der allein als völkerrechtswidrig anzusehende Fall, daß eine Tat als unerlaubte Handlung angesehen wird, obwohl Handlungs- und Erfolgsort im Ausland liegen, die Tat weder nach dem Handlungs- noch nach dem Erfolgsort eine unerlaubte Handlung darstellt und auch nicht ein Inländer der Täter ist, wird durch die Anwendung der lex rei sitae in der kontinentalen, wie in der englischen Form ausgeschlossen[4].

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

a) Nach den zum Strafrecht dargestellten Grundsätzen ist die Anknüpfung an die inländische Staatsangehörigkeit des Täters zulässig, weil dadurch die Gebietshoheit des Staates des Handlungs- oder Erfolgsortes nicht verletzt wird. Das muß um so mehr für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit von Täter und Verletzten gelten[5].

   Doch läßt sich eine Grenze vorstellen. Die deutsche Recht-

---

1) S. dazu R a b e l , aaO., S.301 ff.

2) Eingehend zu dieser Frage: B ö h m e r , Die Rechtfertigungsgründe bei den unerlaubten Handlungen im deutschen internationalen Privatrecht und R a b e l , aaO., S.256 f.

3) S. dazu R a b e l , aaO., S.239 ff.

4) Zur strafrechtlichen Seite dieses Problems s. oben, S.448 ff.

5) Aus diesem Grunde bestehen keine völkerrechtlichen Bedenken gegen die Fortgeltung der Rechtsanwendungsverordnung vom 17.12.1942 (RGBl. I, 706).
Zur Fortgeltung nach deutschem Recht s. BGH, Urt. vom 2.2.1961 (NJW 61,751).

sprechung hat den Wettbewerb[1] deutscher Kaufleute im Ausland grundsätzlich dem deutschen Recht unterworfen[2]. Dagegen bestehen aus den bisher dargelegten Grundsätzen in der Regel keine Bedenken. Anders wird es aber, wenn das Interesse des Marktes, auf dem der Wettbewerb stattfindet, durch die nach dem deutschen Recht engeren Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt wird. Dann steht nicht mehr

---

1) Zum Problem der Einordnung des Wettbewerbsrechts in die Grundsätze des allgemeinen Rechts der unerlaubten Handlungen s. Kamen T r o l l e r , Das Internationale Privatrecht des Unlauteren Wettbewerbs, S.4 ff. mit rechtsvergleichender Darstellung.

2) N u s s b a u m hatte in seinem 1932 erschienen Werk: "Deutsches Internationales Privatrecht" den Grundsatz formuliert, daß deutsche Gewerbetreibende ihren Wettbewerb auch im Ausland nach den deutschen Gesetzen einzurichten hätten (S.340 f.). Die Formulierung wurde von der Rechtsprechung aufgegriffen. Sie hatte zwar schon vorher deutsches Recht angewendet, wenn der inländische Gewerbebetrieb durch die im Ausland begangene Handlung verletzt worden war (so etwa RGZ 55,199), jetzt aber dehnte sie den Umfang des deutschen Wettbewerbsrechts weiter aus. Das erste Urteil in dieser Frage erging am 17.2.1933 (RGZ 140,25 "Mundharmonika 13"): Deutsche Firmen hatten auf dem Indischen Markt unter Verwendung verwechslungsfähiger Zeichen konkurriert; das Warenzeichenrecht griff wegen des Territorialitätsprinzips nicht ein, auch die Anknüpfung an den im Inland eingetretenen Schaden wurde abgelehnt, weil er nicht zum Tatbestand des § 1 UWG gehöre. Entscheidend sei aber N u s s b a u m s Grundsatz. Das Urteil vom 14.2.1936 (RGZ 150,265 "Stecknadeln") ging noch ein Stück weiter. Die inl. Bekl. hatte in New York eine Tochter als selbständige juristische Person errichtet. Diese Tochter nützte die Boykottbewegung gegen deutsche Waren aus, um in einem Werbefeldzug ihre Erzeugnisse als "a truly American Product" herauszustellen. Dadurch war der Export der inländischen Kl. schwer getroffen worden. Das RG hielt dafür, deutsches Recht sei anzuwenden, wenn die Bekl. das Handeln ihrer amerikanischen Tochter "gebilligt und geduldet" habe (vgl. dazu die Entscheidung des U.S. Circuit Court im Falle U.S. v. Aluminium Cy. of America, oben, S.468, Fn.4).
Diese Rechtsprechung nahm der BGH auf. Dem Urteil vom 11.1.1955 (LM Nr.22 zu § 1 UWG "Zahl 55") lag ein dem "Mundharmonika 13"-Fall gleich gelagerter Sachverhalt vor, es berief sich auf die frühere Rechtsprechung. Im Stahlexportfall (Urt. v. 20.12.1963, BGHZ 40,391) deutet der BGH aber wichtige Modifikationen an: Möglicherweise sei die Anwendung deutschen Rechts nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Wettbewerbshandlung auf dem Auslandsmarkt gezielt gegen einen inländischen Wettbewerber richte (im konkr. Fall bejaht); andernfalls sei auf die Rechtsordnung

nur der deutsche Gewerbebetrieb als Schutzgut in Frage, sondern die Interessen des Gebietsstaates, auf dessen Gebiet sich der Wettbewerb auswirkt. Dann liegt nicht nur ein Widerspruch zwischen der sich aus dem Personalstatut ergebenden Bindung und der aus der Gebietshoheit abzuleitenden Freiheit, der, wie bereits dargestellt, grundsätzlich zugunsten des Personalstatuts zu lösen ist; sondern die überwiegenden Interessen des Gebietsstaates rechtfertigen die Anwendung der Regel, daß derjenige, der mit seinem Handeln auf Auswirkungen in einem fremden Staat abzielt, die Rechtsordnung dieses Staates zu beachten hat[1]. Daher wäre etwa die Anwendung des Antitrustrechts der USA auf den Wettbewerb deutscher Firmen dann nicht völkerrechtswidrig, wenn der Wettbewerb auf dem Markt der USA stattfindet, auch wenn damit ein Widerspruch zu dem deutschen Wettbewerbsrecht eintreten würde[2].

b) Ein zweiter Problemkreis liegt darin, daß das Internationale Deliktsrecht auch mit Tatbeständen zu tun hat, die nicht an das Verschulden des Normadressaten anknüpfen. Man braucht hier nur an die Fälle der Gefährdungshaftung und der Haftung für das Verschulden Dritter zu denken. Die Grenze der Anknüpfung scheint mit folgendem Falle erreicht zu sein: Ein Gesetz des Staates A begründet eine Haftung des Kraftfahrzeughalters für alle Schäden, die

---

des fremden Marktes zumindest dann Rücksicht zu nehmen, wenn es sich um leichtere Verstöße (gemessen am inl. Recht) handle.
Betrifft der Wettbewerb dagegen ausländische Firmen, so gelten andere Regeln. Im "Uhrenrohwerke"-Fall stellte der BGH (Urt. v. 13.7.1956, BGHZ 21,266) auf den inländischen Begehungsort ab, obwohl nur eine Teilhandlung im Inland vorlag. Da sich aber aus diesem Grundsatz eine Benachteiligung des deutschen Wettbewerbers auf dem Auslandsmarkt ergeben könnte, ging der BGH im "Kindersaugflaschen"-Fall (Urt. v. 30.6.1961, BGHZ 35,329) von dieser Regel ab. Er will jetzt allein das Recht des Marktes anwenden, auf dem der Wettbewerb stattfindet.

1) S. oben, S.448.

2) Insoweit wären die Grundsätze des "Stahlexport"-Falles über die leichteren Verstöße hinaus auszudehnen, bis zu dem Punkt, wo den inländischen Firmen grundsätzlich die

mit dem Fahrzeug auf dem Gebiet des Staates A verursacht werden unabhängig von seinem Verschulden und unabhängig davon, ob er selbst, oder ein anderer das Fahrzeug fährt. Begibt sich nun ein Angehöriger des Staates B, der im Sinne dieses Gesetzes Autohalter ist, in das Gebiet des Staates A, so ist es selbstverständlich, daß er unter dieses Gesetz fällt. Bleibt er in B, schickt aber seinen Handelsvertreter auf Geschäftsreise nach A, so haftet er für die von diesem verursachten Schäden, denn er hat bewußt seine Tätigkeit auf das Gebiet des Staates A ausgedehnt[1]. Wird ihm dagegen im Staate B sein Fahrzeug gestohlen, fährt der Dieb damit nach A und verursacht er dort einen Unfall, so ist eine Anknüpfung an das Recht des Staates A nur hinsichtlich des Diebes und nicht des Kraftfahrzeughalters gegeben[2]. An der Grenze liegt der Fall, daß der Halter sein Fahrzeug zu geschäftlichen Zwecken einer anderen Person überläßt, ohne daß Reisen in das Land A zu deren geschäftlichen Pflichten gehören würde. Fährt der Betreffende außerhalb der Geschäftspflichten nach A, so kann die Anknüpfung an das Recht von A deswegen noch zulässig sein, weil der Halter durch die bewußte Weggabe des Fahrzeugs ein allgemeines Risiko eingeht[3].

Teilnahme an dem Wettbewerb auf diesem Markt versagt werden müßte. Das ist in jedem Falle völkerrechtlich zulässig.

1) Das gleiche gilt, wenn der Kraftwagen verliehen wird, s. dazu das Urteil des BGH vom 21.12.1956, BGHZ 23,65.

2) A. A. R a b e l , Bd.II, S.267 ff., der auch für diese Fälle grundsätzlich auf die lex loci delicti commissi abstellen will. Dagegen bestehen aber Bedenken zumindest dann, wenn das Recht am Wohnsitz des Kraftfahrzeughalters eine solche Haftung nicht kennt. In diesem Falle wird nämlich ein Verhalten mit einem besonderen Risiko belegt, das in dem Staat, in dem es ausgeübt wird, nicht mit diesem Risiko belastet ist, ohne daß ein über die Landesgrenze hinaus gerichtetes Handeln des Halters vorliegt.

3) Dazu gibt es zwei Präzedenzfälle in den USA. Im Falle Young v. Masci (1933, 289 U.S. 253 = 77 L. Ed. 1158) war M., ein Bürger von New York, durch ein Kfz. verletzt worden, das dem Bekl. Y. einem gewerbsmäßigen Verleiher in New Jersey gehörte und von einem seiner Kunden auf Grund eines gültigen Vertrages gefahren worden war. Nach dem

c) Gänzlich über die Analogie zum Strafrecht führt aber ein anderes Phänomen hinaus. Soweit eine Rechtsordnung absolute subjektive Rechte einräumt, geschieht dies dadurch, daß dem Berechtigten die Rechtsposition eingeräumt wird, anderen die Störungen seines Rechts zu untersagen[1]. Diese Befugnis kann aber durchaus mit der Pönalisierung zusammentreffen[2]. In diesem Falle stellt sich also die Frage nach dem Umfang des subjektiven Rechts und zwar dahin, ob der Berechtigte auch im Ausland vorgenommene Handlungen verbieten kann. So gewährt z.B. das Warenzeichenrecht dem Berechtigten die Befugnis, anderen Personen die Benutzung dieses Zeichens zu verbieten. Wenn aber jemand für die BRD ein Warenzeichenrecht erlangt, so steht ihm damit noch kein Recht zu, die Benutzung des gleichen Zeichens durch einen Franzosen in Frankreich zu verbieten. Solche Rechte enden an der Grenze des verleihenden Staates, so daß zwar der Berechtigte auch Ausländern die Benutzung des Rechts im Inland, nicht aber im Ausland ver-

---

Recht von New York haftete Young, nach dem Recht von New Jersey nicht. Der Supreme Court bestätigte das Recht des Staates New York, seine Bürger dann zu schützen, wenn, wie hier, der Bekl. wußte, daß sein Kunde nach New York fuhr.
Die Entscheidung des Circuit Court, 2nd Ct., im Falle Scheer v. Rockne Motors Corp. (1934, 68 F 2d 942) führte noch einen Schritt weiter. Die Klägerin Sch. war in Ontario von einem Kfz. verletzt worden, das der Bekl., einer Gesellschaft in den USA gehörte. Das Fahrzeug war von einem Angestellten der Bekl. gefahren worden. Es war offen geblieben ob die Fahrt in geschäftlichem oder privatem Interesse unternommen worden war, zu den normalen Dienstpflichten des Angestellten gehörte sie unstreitig nicht. Nach dem Recht von Ontario haftete der Bekl., nach dem Recht seines domicile (offenbar) nicht. Das Gericht hielt für die Anwendung des Rechts von Ontario nicht für ausreichend, daß es sich um ein dem Bekl. gehörendes Fahrzeug handelte, es verlangte den Nachweis, daß sich der Fahrer mit "authority" des Bekl. nach Ontario begeben habe.

1) S. dazu oben, S.30 f.

2) Wie etwa im UWG, im WZG, im KUG, im UrhG.

bieten kann[1]. Dagegen kann die BRD auf Grund ihrer Personalhoheit auch die Benutzung von ausländischen Warenzeichen durch deutsche Firmen im Ausland regeln[2], soweit nicht, wie bereits dargestellt, die Interessen des ausländischen Marktes die Achtung der Gebietshoheit erfor-

---

1) Zur Territorialität solcher Rechte s. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Ufita Bd.37 (1962 II), S.281 ff., zu den internationalen Verträgen auf diesem Gebiet s. H u b m a n n , Gewerblicher Rechtsschutz, S.28 ff.
Die deutsche Rechtsprechung war anfangs von der Vorstellung ausgegangen, der Schutz des deutschen Warenzeichens sei räumlich unbegrenzt (Urt. v. 2.10.1886, RGZ 18,28; in diesem Falle waren beide Parteien Inländer). Von diesem Grundsatz mußte sie aber dann eine Ausnahme zulassen, wenn dem Verletzer ein ausländisches Warenzeichen zustand und die Verletzung in jenem Land erfolgte (Urt. v. 7.11. 1899, RGZ 45,145 "Schlüssel" und vom 12.5.1903, RGZ 54, 414 "Acier Diamant"). Das Urteil vom 20.9.1927 (RGZ 118, 76 "Springendes Pferd") brachte dann den Umschwung, das Gericht ging - auch aus völkerrechtlichen Erwägungen - nun zu der Auffassung von der Territorialität der Marke über; ein Standpunkt, der für das Patentrecht schon durch ein Urteil vom 15.10.1892 (RGZ 30,52) anerkannt worden war. Heute herrscht eine internationale Divergenz bei der Frage, ob der Markenberechtigte die Einfuhr von Waren, die mit einer gleichartigen ausländischen Marke versehen sind, verbieten kann. Die Frage wird verneint vom BGH (Urt. v. 22.1.1964, BGHZ 41,84 "Maja") und vom Hoge Raad (Urt. v. 14.12.1956, Grundig v. Prins, Bijblad van industrieele eigendom 1957, 46; anders für das Patentrecht, Urt. v. 25.6.1943, Philips v. Mebius, N.J. 1943 No.519), bejaht vom öst. OGH (Urt. v. 29.3.1960, GRUR Ausl. 1960, 557 "Seeberg"), vom Schweizerischen Bundesgericht (Urt. v. 12.2.1952, Sunlicht g. Migros, BGE 78 II 164; v. 13.3. 1959, Electric and Musical Industries Ltd. c. Delechaux et Ministère public du canton de Neuchâtel, BGE 84 IV 93; v. 9.8.1963, Torre et Arts Ménagers S.A. c. Columbia Gramophone Cy. Ltd. et autres, BGE 89 II 96; einen Sonderfall behandelt das Urteil v. 4.10.1960, Philips AG g. Radio Import G.m.b.H. BGE 86 II 270).
Auch gegen die ausdehnende Auffassung bestehen keine völkerrechtlichen Bedenken, da der ausländische Exporteur sein Verhalten über die Landesgrenze hinausrichtet. Hier kann ihn das von seinem Staat verliehene absolute Recht nicht mehr schützen.

2) Daher bestehen keine völkerrechtlichen Bedenken gegen das Urteil im Farina-Fall (v. 13.7.1954, BGHZ 14,286). Interessant ist hier ein Vergleich mit der Rechtsprechung der U.S. Gerichte. Im Falle Steele et al. v. Bulova Watch Co. hatte der Supreme Court die "jurisdiction" der U.S. Gerichte bejaht über Wettbewerbshandlungen die ein U.S. Staatsangehöriger von Mexiko aus in Texas, gestützt auf ein mexikanisches Warenzeichen, begangen hatte. Er berief sich dabei sowohl auf die Personalhoheit der USA, wie auf

dern. Das im Gewerblichen Rechtsschutz wie im Urheberrecht heute aber allgemein übliche Territorialitätsprinzip hat seine völkerrechtliche Grundlage in der Grenze, die dem subjektiven Recht durch die Gebietshoheit gezogen ist.

Über die subjektive Zuordnung dieses Rechts aber wachen die Staaten eifersüchtig, nur der Staat, auf dessen Gebiet ein subjektives Recht dieser Art die allgemeine Freiheit beschränken soll, bestimmt seine Zuordnung[1].

---

die Tatsache, daß ein mexikanisches Gericht inzwischen das mexikanische Warenzeichen des Bekl. für ungültig erklärt hatte (344 U.S. 280 = ILR 1956, 270).
Im Falle Ramirez & Feraud Chili Co. v. Las Palmas Food Co. ließ der District Court von California auch eine Klage für einen ähnlich gelagerten Fall zu, bei dem aber das mexikanische Warenzeichen der Bekl. noch bestand. Da einer der Bekl. mexikanischer Staatsangehöriger (allerdings mit residence in Calif.) war, wendete das Gericht insoweit die ALCOA-doctrine an (s. oben, S.468, Fn.4); (146 F. Supp. 594, aff'd per curiam: 245 F. 2d 874; cert. den. 355 U.S. 927 = ILR 1956, 276).
Für eine Klage gegen eine kanadische Firma, die ihre Wettbewerbshandlungen auf ein kanadisches Warenzeichen stützte, verneinte der Court of Appeals, 2d. Ct. die "jurisdiction" (Vanity Fair Mills Inc. v. T. Eaton Co. Ltd et al., 234 F. 2d 633; cert. den. 352 U.S. 871).

1) Das läßt sich an einer Fallkette von eindrucksvoller Geschlossenheit nachweisen:
1945 wurden die deutschen und französischen Eigentümer der Firma "Koh-i-Noor" in der CSR enteignet. Sie begründeten einen neuen Firmensitz in Frankreich, ihr Kampf um die alten Warenzeichen war siegreich:
in Frankreich, Cour d'appel de Paris, 15.6.1958, Clunet 1959, 1098;
in Belgien, Cour de Cassation, 2.6.1960, Revue critique de jurisprudence belge, 1962,446;
in Österreich, OGH, 2.6.1958, SZ XXXI, 280;
in der Schweiz, BG v. 13.9.1957, BGE 83 II 312;
in Italien, Cassazione, 19.2.1960, Riv. dir. int. Bd.63, 1960, 533;
in Norwegen, Stadtgericht Oslo, 11.7.1959, ILR 30,33.

3. Das Internationale Sachenrecht

Ähnlich wie das Internationale Deliktsrecht durch die Anknüpfung an die lex loci delicti commissi wird das Internatiale Sachenrecht durch ein Leitprinzip, die Anknüpfung an die lex rei sitae, beherrscht[1]. Diese Einheitlichkeit garantiert auch ein Höchstmaß an internationaler Anerkennung der auf diesem Rechtsgebiet in einem Staate begründeten subjektiven Rechte. Die aus den Enteignungsfällen gewonnenen Erfahrungen zeigen auch, daß die Staaten grundsätzlich bereit sind, die sachenrechtliche Zuordnung, die ein Staat auf seinem Gebiet trifft, anzuerkennen, soweit nicht durch eine Konfiskation von Rechten ausländischer Staatsangehöriger eine völkerrechtswidrige Zuordnung vorgenommen wird.
Einige Grenzen des Prinzips lassen sich aber erkennen:

a) Bei Rechtsinstituten, die dem Recht des anerkennenden Staates unbekannt sind[2],
b) bei den Sicherungsmitteln der modernen Wirtschaft, wenn der anerkennende Staat besondere Publizitätserfordernisse kennt[3], dann bestehen völkerrechtlich keine Bedenken, daß die Anerkennung an die Erfüllung dieser Anforderungen geknüpft wird.

Im ganzen läßt sich aber feststellen, daß die Ordnung im Bereich des Internationalen Sachenrechts weitgehend durch den bloßen Reflex der Gebietshoheit gesichert wird; soweit es sich um Rechte an Grundstücken handelt, ist dieser Aspekt sogar der eindeutig bestimmende. Die Anerkennung der Rechte an beweglichen Sachen beruht einmal auf dem völkerrechtlichen Fremdenrecht, also einer Disziplin, die sich um die

---

1) S. dazu im einzelnen R a b e l IV, S.30 ff.

2) So etwa die res extra commercium, s. dazu die Entscheidung des Tribunal civil de la Seine in dem berühmten Falle Duc de Frias c. Baron Pichon, Clunet Bd.13, 1886, S.593.

3) So hat das Tribunal civil de Strasbourg im Falle Jaeger & Becker c. Caisse d'allocations familiales de Strasbourg (19.6.1957, R.C.D.I.P. 1959, S.95) die Wirkungen eines in der BRD vereinbarten Eigentumsvorbehalts nicht anerkannt, weil es die französischen Vorschriften über die Registrierung dieser Rechte als lois d'ordre public ansah. Vgl. dagegen die Entscheidungen des BGH v. 20.3.1963 (BGHZ 39,173), die das Registerpfandrecht des französischen Rechts anerkannte und v. 2.2.1966 (BGHZ 45,95) über die

Personalhoheit ordnet, zum anderen auf zwingenden Erfordernissen der Weltwirtschaft, die das Gewicht einer echten opinio necessitatis haben. Dagegen läßt sich keine Verpflichtung nachweisen, die Zuordnung im Rahmen des Erbrechts und des Ehegüterrechts anzuerkennen, so daß in diesem Bereich noch eine graue Zone der Rechtsunsicherheit besteht.

4. Das Internationale Obligationenrecht

Diese Materie zeichnet sich dadurch aus, daß in ihr weniger Übereinstimmung hinsichtlich der richtigen Anknüpfung herrscht als in anderen. Zwar ist allgemein eine gewisse Herrschaft der Parteiautonomie anerkannt, ihre Grenzen sind aber von Staat zu Staat sehr verschieden gezogen[1].

In diesem Bereich des Internationalen Privatrechts stellt sich aber das Problem des Widerspruchs von sanktionsbewaffneten Rechtsbefehlen mit besonderer Schärfe. Jeder Staat legt einem Teil seiner Rechtssätze Unabdingbarkeit zu, macht sie zu zwingendem Recht in dem Sinne, daß sie der Verfügung durch die Parteiautonomie entzogen sind. Die Verbindlichkeit dieser Normen könnten die Beteiligten dadurch umgehen, daß sie ihr Vertragsverhältnis fremdem Recht unterstellen. Das ist solange unproblematisch, als die Gerichte dieses Staates ihnen insoweit Parteiautonomie zugestehen. Setzen sie ihr zwingendes Recht durch, so ist die Unterstellung des Vertrages unter das fremde Recht gegenstandslos geworden. Eine verbreitete Lehre will darauf abstellen, daß ein Vertrag eine bestimmte Beziehung zu einer Rechtsordnung haben muß, damit er ihr unterstellt werden kann[2]. Aus der Anerkennung solcher Beziehungspunkte könnte sich eine internationale Ordnung ergeben. Die Entwicklung scheint aber gerade in der entgegengesetzten Richtung zu verlaufen. Es wurde bereits dargestellt, daß die Normen des Internationalen Verwaltungsrechts in das Vertragsrecht eingreifen, weil sich ein allgemeiner Grundsatz bildet, daß kein Staat zur Erfüllung eines

---

Anerkennung des Eigentumsvorbehalts nach italienischem Recht.

1) Nähere Nachweise bei R a b e l II, S.356 ff.; V i s c h e r , Internationales Vertragsrecht, S.21 ff.

2) Nachweise bei R a b e l II, S.396 ff.

Vertrages verurteilen darf, durch die das Recht eines anderen Staates auf dessen Gebiet verletzt würde[1]. Diese Anknüpfung durchschlägt aber das "proper law of the contract" in jedem Falle, sie ist von diesem unabhängig. So scheint sich eine Ordnung zu bilden, die einerseits von der radikalen Parteiautonomie ausgeht, andererseits aber die Modalitäten der Erfüllung in weitem Umfange dem Recht des Erfüllungsortes unterwirft[2].

Die Reflexwirkung der Gebietshoheit führt aber dazu, daß der Staat, dessen Gerichte sich für zuständig halten und auf dessen Gebiet sich Zugriffsmöglichkeiten für eine Zwangsvollstreckung finden, seine Rechtsauffassung durchsetzt[3]. Die sich daraus ergebenden Unzuträglichkeiten können nur durch das Widerspruchsverbot gemildert werden.

Zusammenfassend läßt sich feststellen: Auf das Internationale Obligationenrecht wirken zwei Grundsätze ein: Das Gebot, keine Verletzung des Rechtes anderer Staaten auf deren eigenem Gebiet zu dulden; und das sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergebende Gebot, einen Menschen nicht widersprechenden Befehlen auszusetzen, wenn er sich nicht durch eigenes Verschulden oder Risikoübernahme in diese Lage gebracht hat.

---

1) S. oben, S.470 f.

2) Dies hat W e n g l e r schon 1941 nachgewiesen, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd.54, 1941, S.168 ff., s. dazu weiter Z w e i g e r t , RabelsZ Bd.14, 1942, S.283 ff.

3) Aus diesem Grunde scheiterte ein Versuch Griechenlands, die Bank von Athen von einigen Schulden gegenüber englischen Gläubigern zu befreien. Das sollte durch ein gesetzliches Moratorium und durch eine Fusion der früheren Schuldnerin mit einer anderen Gesellschaft geschehen, wobei ausdrücklich bestimmt wurde, daß die neue Gesellschaft die Schulden der alten nicht übernehme. Das House of Lords verweigerte beiden Regelungen die Anerkennung (National Bank of Greece and Athens S. A. v. Metliss, 1957, 3 All ER 608 und Adams and others v. National Bank of Greece, 1960, 2 All ER 421).

II. Die Personalhoheit

Im Gegensatz zu den Einwirkungen der Gebietshoheit hat sich die Personalhoheit - nach einem großartigen Beginn - nicht weiter besonders ausgewirkt.
Der völkerrechtlich entscheidende Aspekt der Personalhoheit wird durch das Recht auf Ausübung der diplomatischen Protektion begründet; dieses Recht hängt aber wiederum auf das engste mit dem Institut der Staatsangehörigkeit zusammen[1]. Andererseits - und das ist hier ein entscheidender Gesichtspunkt - stellt sie einen Rechtstitel zum Eingriff in fremde Gebietshoheit durch extraterritoriale Erstreckung des Normenumfanges dar. Auf die Personalhoheit gründen sich auch die Rechtssätze des Völkerrechts, die Verpflichtungen der Staaten zur Behandlung der sich auf ihrem Gebiet aufhaltenden Fremden festlegen. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Der Zusammenhang zwischen der Staatsangehörigkeit und dem Internationalen Privatrecht, der nach der internationalistischen Schule die Grundlage dieser Materie bilden sollte, ist von der Staatenpraxis nicht hergestellt worden. Das Recht der Staaten, ihre Angehörigen auch im Ausland zu berechtigen und zu verpflichten, ist zwar grundsätzlich unbestritten, soweit sich keine Widersprüche zu der Rechtsordnung des Gastlandes ergeben. Diesem Recht entspricht aber keine allgemeine Pflicht des Gastlandes, auf die Rechtsbeziehungen des Fremden das Recht seines Heimatstaates anzuwenden; m.a.W., dem Staatsangehörigkeitsprinzip ist es nicht gelungen, das

---

1) Völkerrechtlich ungeklärt ist der zur Personalhoheit gehörende Bereich der juristischen Personen. Die Staatenpraxis tendiert hier sehr zum Durchgriff durch den Mantel der juristischen Person auf die dahinter stehenden Personen. (S. zu diesem Fragenkreis eingehend: Paul de V i s s c h e r , R.d.C. Bd.192, 1961 I, S.395 ff.). Im übrigen läßt sich noch kein allgemeiner Rechtssatz des Völkerrechts des Inhalts feststellen, daß die Staaten die Rechtsfähigkeit der in einem anderen Staat begründeten juristischen Person anerkennen müssen (so auch R a b e l II, S.125 ff.). Allerdings ist anzunehmen, daß ein solcher Rechtssatz im Werden begriffen ist. Für die Staaten ist bereits anerkannt, daß sie kraft Völkerrechts in jedem anderen Staat als rechtsfähige juristische Person des Privatrechts auftreten können (R a b e l II, S.10f.); für die anderen Rechtssubjekte des Völkerrechts wird dies auch bereits weitgehend angenommen (R a b e l II, S. 15 ff.).

das Wohnsitzprinzip zu verdrängen. Die Anknüpfung an den Wohnsitz oder an Sonderinstitute wie das domicile des englischen Rechts ist so weit verbreitet, daß man sie nicht als Ausnahme ansehen kann, die der allgemeinen Regel des Staatsangehörigkeitsprinzips derogiert[1].

Die Entwicklung verläuft heute eher in Richtung des Wohnsitzprinzips. Das hat folgenden tieferen Grund. Die Anknüpfung wird dort aktuell, wo der Mensch in Rechtsbeziehungen zum Mitmenschen tritt, sie hat also nur dann eine Bedeutung, wenn mindestens zwei Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind. Sind bei zwei Personen aber die Anknüpfungspunkte verschieden, so bleibt nur die Alternative, beide Rechtsordnungen zu einer neuen Sachnorm zu kumulieren oder eine der beiden Personen für die wichtigere zu erklären und die andere deren Recht zu unterwerfen. Der erste Fall kann zu außerordentlichen Ungerechtigkeiten führen, der zweite setzt voraus, daß eine allgemeine Anschauung darüber besteht, wer im typischen Falle die wichtigere Person ist. Das Internationale Familienrecht liefert dazu das Exempel: Kumuliert man das Scheidungsstatut von Mann und Frau, dann kann der Fall eintreten, daß der eine Partner durch das Scheidungsurteil frei wird, der andere aber nicht[2]; knüpft man an das Recht des Mannes an, so kann die Frau fremden Rechtsanschauungen unterworfen werden, deren Wirkung im Inland mit dem

---

1) Eine rechtsvergleichende Zusammenstellung bringt Y a n g u a s M e s s i a , Annuaire de l'Institut de Droit international, Bd.43 I, 1950, S.461 ff., weitere Nachweise bei R a b e l I, S.107 ff.

2) Das war in Frankreich durch das Urteil im Falle: De Ferrari c. dame de Ferrari bewirkt worden (6.7.1922, Revue de droit international privé et de droit pénal international, Bd. XVIII, 1022/23, S.460). Die sich aus dieser Maxime ergebenden Unzuträglichkeiten bewogen die französische Rechtsprechung nach dem Zweiten Weltkrieg von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zur Anknüpfung an den Wohnsitz überzugehen. Grundlage ist die Entscheidung der Cour de Cassation im Falle Rivière c. Roumiantzeff (17.4.1953, R.C.D.I.P. Bd.42, 1953, S.412). Seitdem ist diese Anknüpfung durch die ständige Rechtsprechung bestätigt worden.

ordre public kollidieren. Diese Lösungen können dadurch ausgeschlossen werden, daß das familienrechtliche Rechtsverhältnis mit dem Staatsangehörigkeitsrecht als Vorfrage verbunden wird[1]: Wenn die Frau mit der Eheschließung die Staatsangehörigkeit des Mannes erwirbt, scheidet die Möglichkeit einer Divergenz aus. Diese Folgerung wurde aber nicht gezogen und darf gerade im Interesse der Frau auch gar nicht gezogen werden. Solange diese Verbindung aber nicht besteht, erscheint die Anknüpfung an den Wohnsitz als die gerechtere, gleichsam als Anknüpfung an das Recht, dem die Gatten sich durch die Wahl des Wohnsitzes freiwillig unterstellen.

Eine weitere Beschränkung des Personalitätsprinzips ergibt sich daraus, daß die Staaten die elterliche Gewalt durch eine Reihe von Einrichtungen zum Schutz des Kindes begrenzen. Das Urteil des IGH im Vormundschaftsstreit gibt ein Beispiel für die völkerrechtliche Zulässigkeit dieser territorialen Überlagerung[2]. Im Ergebnis bleibt für die personale Anknüpfung nur ein Restbestand von elterlicher Gewalt. Auch hierbei handelt es sich um eine in allen Staaten auftretende Erscheinung, deren Ursache im Wandel der allgemeinen Rechtsanschauungen über die elterliche Gewalt und das Recht des Kindes zu finden ist[3].

2. Damit stellt sich aber das Problem des völkerrechtlichen Fremdenrechts.

Das völkerrechtliche Fremdenrecht bildet im eigentlichen Sinne die Grundlage des Internationalen Privatrechts. Liegt einerseits die Ursache der Anwendung fremden Rechts in der normlogischen Differenz zwischen der Zuständigkeit der Gerichte und

---

1) S. dazu F r a n c e s c a k i s , RabelsZ Bd.23, 1958, S.466 ff.

2) Recueil 1958, S.55 ff.

3) So hat die französische Rechtsprechung den art. 375 ff. des Code civil über die Assistance éducative territoriale Wirkung gegenüber jedem sich in Frankreich aufhaltenden Kind beigelegt (Cour de Cassation, 27.10.1964, aff. Maro; R.C.D.I.P. Bd.54, 1965, S.119). Die italienische Rechtsprechung knüpft dagegen die "affiliazione" der artt. 404 ff. Codice civile personal an, Tribunale Minorenni Genova, aff. Zognonoe (21.7.1959, Riv. Dir. int. Bd.XLIV, 1961, S.109.

dem Umfang des materiellen Rechts, so enthält andererseits das völkerrechtliche Fremdenrecht die Pflicht, den im Lande anwesenden Fremden Rechtsschutz zu gewähren, d.h. ihnen den Zugang zu den Gerichten zu ermöglichen. Daraus ergibt sich das Gebot, den Umfang der Zuständigkeit der Gerichte so zu gestalten, daß diese Personen Rechtsschutz finden können[1]. Dem steht die auf dem gleichen Prinzip beruhende Pflicht gegenüber, bestimmte Rechtspositionen der Fremden anzuerkennen, die sie gleichsam in das Gastland mitbringen, ihr bisher erworbenes Eigentum, genauer: alle Vermögensrechte, und ihre familienrechtlichen Beziehungen[2]. Diese Rechtspositionen können aber nur dadurch geschützt werden, daß auf sie das Recht derjenigen Rechtsordnung angewendet wird, unter der sie entstanden sind, also fremdes Recht. Insoweit besteht auch eine völkerrechtliche Begrenzung der Anknüpfungspunkte, zumindest in dem Sinne, daß das Gastland insoweit nicht an sein eigenes Recht anknüpfen darf, sondern an das Recht, unter dem der Rechtserwerb eingetreten ist[3].

Über diese Anknüpfung an das Recht des abgeschlossenen Tatbestandes hinaus führt aber auch das völkerrechtliche Fremdenrecht nicht weiter. Das hat folgende Ursache: Das Völkerrecht verpflichtet das Gastland, dem Fremden gewisse Rechtspositionen einzuräumen, es bestimmt aber nicht, auf welche Weise dies geschehen muß. Konkret: Dem Fremden muß die Rechts- und Geschäftsfähigkeit zuerkannt werden, damit er die für seinen Lebensunterhalt notwendigen Geschäfte tätigen kann. Nach welchem Recht ihm aber das Gastland diese Fähigkeit einräumt,

---

1) Näheres dazu bei V e r o s t a , WVR III, S.82 ff.

2) Im einzelnen s. dazu S c h n i t z e r , WVR I, S.566 ff. und D o e h r i n g , Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, S.54 ff.

3) Hier könnte ein Punkt erreicht sein, an dem der sog. Renvoi völkerrechtlich geboten ist. Haben zwei Angehörige eines Staates A in B geheiratet, und verlegen sie dann ihren Wohnsitz nach C, so können die Gerichte des Staates C in die Lage kommen, über die Gültigkeit dieser Ehe entscheiden zu müssen. Knüpft das Internationale Privatrecht von C an die Staatsangehörigkeit an, so haben sie das Recht A anzuwenden. Nun kann es aber sein, daß die Ehe nach dem Recht von A ungültig ist, weil sie dessen Formerfordernissen nicht entspricht, daß sie aber von den Gerichten von A

nach dem Recht des Gastlandes, oder dem Personalstatut des Fremden, wird vom Völkerrecht nicht festgelegt[1].

Das Völkerrecht zieht eine Grenze, die vom staatlichen Recht nicht überschritten werden darf, es läßt aber innerhalb der Grenze dem staatlichen Ermessen einen weiten Spielraum.

3. Grundsätzlich läßt sich feststellen: Die Gebietshoheit des Staates, in dem der Fremde seinen Wohnsitz hat, wird nicht verletzt, wenn in personen- und familienrechtlichen Fragen an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird; andererseits wird die Personalhoheit des Heimatstaates nicht verletzt, wenn an den Wohnsitz angeknüpft wird. Darüber hinaus kann aber noch das Recht des Aufenthaltes eingreifen. Der Urlauber im Staate A kann Angehöriger des Staates B sein und seinen Wohnsitz, d.h. den auf Dauer angelegten Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen im Staate C haben. Von allen drei Rechtsordnungen kann er erfaßt werden. Doch gibt es hier auch im Lichte des Völkerrechts eine Abstufung:

(1) Die Beziehung zum Staate des jeweiligen Aufenthaltes ist faktisch die stärkste, denn der Aufenthaltsstaat kann gegen den Fremden tatsächlich Zwang ausüben.

(2) Rechtlich hat aber der Heimatstaat dadurch ein Übergewicht, daß das Völkerrecht der Gewalt des Aufenthaltsstaates zugunsten des Heimatstaates Grenzen setzt[2].

---

als gültig behandelt werden würde, weil das IPR von A insoweit vom Grundsatz: Locus regit actum ausgeht. Die Gerichte von C würden also eine beim Übertritt in das Gebiet von C gültige Ehe nicht anerkennen. Damit dürfte die vom Völkerrecht dem staatlichen Recht gezogene Grenze überschritten werden. Der Fall wird insofern nicht praktisch, als die Staaten insoweit regelmäßig die lex loci actus anwenden.

1) Diese Grundsätze gelten aber nur, wenn sich der Fremde im Gastlande aufhält. Tut er dies nicht, so besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung, ihm im Inland Rechts- und Geschäftsfähigkeit einzuräumen. Eine solche Konzession kann daher vom Erfordernis der Gegenseitigkeit abhängig gemacht werden, vgl. dazu Appello Napoli, Ditta Abdulaziz & Muhamed Aljimaih c. Ditta Vittorio Pino, Riv. Dir. int., Bd.XLVII, 1964, S.494.

2) S. oben, S.446 f.

(3) Aber auch im Verhältnis des Wohnsitzstaates zum Aufenthaltsstaat zeigt sich eine Abstufung. Während die Anknüpfung an das Recht des Wohnsitzstaates die Personalhoheit nicht verletzt, kann die Anknüpfung an das Recht des Aufenthaltsstaates durchaus einen solchen Eingriff darstellen. So wäre eine Anknüpfung des Erbstatuts an den zufälligen Ort des Todes des Erblassers nicht zulässig, das gleiche müßte für die Anknüpfung der Scheidungszuständigkeit an den vorübergehenden Aufenthalt gelten, wenn das Gericht nicht das Recht des Heimat- oder Wohnsitzstaates, sondern sein eigenes Recht anwendet[1]. An diesem Punkte zeigt sich aber deutlich, warum es an völkerrechtlichen Präzedenzfällen fehlt: Diese Erscheinungen werden durch die Sanktion der Nichtanerkennung solcher Urteile bewältigt[2]. Damit schlägt die stärkere Beziehung zu dem Heimat- oder Wohnsitzstaat durch, eine Störung der internationalen Beziehungen zwischen den beteiligten Staaten wird durch diese Anknüpfung nicht ausgelöst. Die Nichtanerkennung tritt an die Stelle von Retorsion oder Repressalie.

(4) Im Falle eines Befehlswiderspruchs kann aber die Abstufung von Bedeutung werden. Das wird am Beispiel des Namensrechtes deutlich:

(a) Der Heimatstaat bestimmt den Namen und die Zulässigkeit zur Führung von Adelstiteln[3].

---

1) So etwa, wenn das Gericht überhaupt keine Rechtsnorm anwendet, sondern zur konkreten Rechtsgestaltung im Rahmen einer Generalklausel ermächtigt ist, s. dazu R a b e l I, S.453 ff.

2) Für die deutsche Rechtsprechung s. OLG München, Beschluß v. 25.2.1963, NJW 1963,1158 und v. 2.4.1964, NJW 1964,979 sowie KG, Beschluß v. 30.1.1964, NJW 1964,981; für die französische das Urteil der Cour de Cassation im Falle Époux Russel c. Weiller, R.C.D.I.P. Bd.40, 1951, S.167; für die schweizerische das Urteil des Bundesgerichts im Falle Caliaro und Wydler g. Regierungsrat v. Aargau, BGE 80 I 427; für die USA s. K n i t t e l , RabelsZ Bd.29, 1965, S.751 ff.

3) Einen umfassenden rechtsvergleichenden Überblick über diesen Fragenkreis gibt S c h ä t z e l , RdC Bd.95, 1958 III,177 ff.

(b) Nimmt der Träger des Adelstitels seinen Wohnsitz in einem Lande, in dem der Adel abgeschafft und die Führung des Adelstitels verboten wurde, so untersteht er der Gebietshoheit, das völkerrechtliche Fremdenrecht schützt ihn insoweit nicht[1].

(c) Der Staat des vorübergehenden Aufenthaltes ist dagegen nicht befugt, in das Namensrecht einzugreifen. Er kann nicht an einer dauernden Regelung des Personalstatutes des Gastes interessiert sein.

(d) Problematisch ist aber, ob ein anderer Staat als das Gastland an dessen Gebietshoheit anknüpfen darf. Das ist aus folgenden Erwägungen zu verneinen: Zwischen dem Recht, ja der Pflicht auf Führung des Adelstitels, die durch das Recht des Heimatstaates begründet wird, und dem Verbot der Führung dieses Titels im Gastland, besteht ein Widerspruch, den das Gastland im Interesse seiner öffentlichen Ordnung zugunsten seines Rechtes lösen darf. Für einen dritten Staat besteht diese Ausnahme aber nicht, für ihn gilt das gleiche, wie für den Staat des bloßen Aufenthaltes, eine Gefährdung seiner öffentlichen Ordnung ist nicht gegeben; andererseits wird auch durch dessen Anknüpfung an das Personalstatut die Gebietshoheit des Wohnsitzstaates nicht berührt. Aus diesem Grunde kann der Heimatstaat im Interesse seines Staatsbürgers verlangen, daß an das Personalstatut angeknüpft wird[2].

4. Zusammenfassend läßt sich feststellen: Das Völkerrecht geht von der Staatsangehörigkeit als Grundlage der Personalhoheit aus. Der Wohnsitzstaat ist nicht legitimiert, diplomatische Protektion auszuüben. Andererseits ist nur der Heimatstaat berechtigt, bestimmte Befehle an den einzelnen zu richten, die über die Landesgrenze hinausgreifen und ihre Ursache in der Loyalität, der "allegiance" finden, die der einzelne

---

1) Der ganze Fragenkreis ist eingehend behandelt im Beschluß des BayObLG v. 2.10.1956, BayObLGZ 1956,345.

2) Anders ist die Lage bei den Flüchtlingen, s. dazu unten S. 495 f.

dem Heimatstaat schuldet, und die jeder andere Staat in der Personalhoheit des Heimatstaates zu achten hat. Der Wohnsitzstaat hat z.B. kein völkerrechtlich zu achtendes Recht darauf, den in seinem Gebiet wohnhaften Ausländer zurückzurufen. Nimmt dieser seinen Wohnsitz in einem dritten Lande, so fällt jede personal begründete Beziehung zum Staat des früheren Wohnsitzes weg, während die Beziehung zum Heimatstaat weiter besteht.
Daraus ergibt sich aber, daß die Anknüpfung an das Recht des Wohnsitzes im Lichte des Völkerrechts die Ausnahme gegenüber der Anknüpfung an das Recht der Staatsangehörigkeit darstellen muß, die in der Willensentscheidung des einzelnen, eine auf Dauer angelegte Bindung zu dem Staate des Wohnsitzes einzugehen, ihre Rechtfertigung findet. Anders wird die Lage, wenn sich der einzelne ganz von seinem Heimatstaat, zumindest unter seiner gegenwärtigen Regierung, lösen will, wie dies bei den Flüchtlingen der Fall ist. Dann müssen andere Erwägungen eingreifen, die noch darzustellen sind.

III. Das Problem der Ausnahmen vom staatlichen System des Internationalen Privatrechts

Die bisherigen Untersuchungen haben nur eine geringe Ausbeute von Völkerrechtssätzen ergeben, die auf dem Gebiet des IPR Pflichten der Staaten begründen. Weitgehend sind sie frei in der Gestaltung dieser Materie.
Damit ist aber noch nicht jede Beziehung zum Völkerrecht ausgeschöpft. Hat sich ein Staat nämlich zu einem bestimmten System des IPR bekannt, so ist er auch an dieses System gebunden, da er nun nicht mehr hinsichtlich des auf Grund dieser Regeln anzuwendenden Rechts differenzieren darf. Vorgegeben allem staatlichen Handeln gegenüber Ausländern ist nämlich das allgemeine Verbot der Diskriminierung im Sinne einer unterschiedlichen Behandlung ohne berechtigten Grund[1]. Der Staat darf diskriminieren zwischen seinen eigenen Staatsange-

1) S. dazu J a e n i c k e , WVR I, S.387 ff. und D o e h r i n g , aaO., S.56 ff.

hörigen und den Fremden, nicht unter den Fremden selbst je nach der Staatsangehörigkeit. Dieser Satz hat seinen Grund in der Gleichheit der Staaten, die dem einzelnen Staat ein Recht auf Ehre gibt[1]. Daraus folgt für den hier interessierenden Fragenkreis, daß ein Staat nur dann von seinem eigenen IPR-System eine Ausnahme zu Lasten des an sich anzuwendenden Rechts machen darf, wenn bestimmte, diese Ausnahme rechtfertigende Gründe vorliegen[2]. Als solche Gründe haben sich bisher gezeigt:

1. Gründe, die in der Person des Beteiligten liegen;
2. völkerrechtliche Illegitimität des an sich anzuwendenden fremden Rechts;
3. Vorbehalt des ordre public.

Ad 1.:
Aus der allgemeinen Wirkung der Personalhoheit ausgenommen sind die Staatenlosen. In ihrem Falle ist für die Staaten, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, die Ausnahme schon aus Gründen der Menschlichkeit geboten, würde die andere Lösung den Staatenlosen doch rechtlos machen[3]. Die völkerrechtliche Position eines Staates kann dadurch nicht verletzt werden, denn der Staatenlose untersteht keiner Personalhoheit.

Anders liegt der Fall bei den Flüchtlingen. Sie behalten zwar die Staatsangehörigkeit des Staates, dessen Gewalt sie gerade entflohen sind, sie können aber auf seine diplomatische Protektion nicht mehr rechnen. Darüber hinaus wäre es für sie eine Belastung, wenn sie dem Recht unterworfen würden, dem sie gerade entflohen sind. Daher verpflichtet das internationale Flüchtlingsstatut die Staaten zur Anknüpfung an den Wohnsitz[4]. Der innere Grund, der auch Abweichungen

---

1) So J a e n i c k e , aaO., S.391 f.

2) Daher bestehen gegen den "result-selective approach" (s. oben, S.250 ff.) die stärksten völkerrechtlichen Bedenken.

3) Zur Rechtsstellung der Staatenlosen und zur Staatenlosenkonvention von 1954 s. M a k a r o v , WVR III, S.304 ff.

4) Dazu im einzelnen R o t h h o l z , WVR I, 536. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung der Arrondissements Rechtsbank 's Gravenhage vom 18.5.1959 (N.J. 1959 No.52):
Ungarische Flüchtlinge mit Wohnsitz in den Niederlanden hatten vor dem Gericht die Scheidung begehrt. An sich wa-

über die Konvention hinaus rechtfertigt, liegt darin, daß die ratio der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, nämlich der Zusammenhang von Schutz und Gehorsam, nicht mehr besteht. Der Flüchtling will und kann den Schutz des Staates, dem er entflohen ist, nicht mehr anrufen. Daher führt die veränderte Auffassung von der Stellung des einzelnen zum Staat dazu, daß die Personalhoheit des fremden Staates gegenüber einer solchen Person nicht mehr in dem Umfange besteht, wie bei anderen Staatsangehörigen, die nur ihren Wohnsitz im Ausland genommen haben[1]. Auch in diesem Falle sind die hinter der Ausnahme stehenden Gründe so gewichtig, daß sich der Heimatstaat nicht auf eine Verletzung seiner Personalhoheit berufen kann.

Ad 2.:
Völkerrechtlich illegitimes Recht liegt dann vor, wenn sich ein Staat eine nicht anerkannte Rechtsposition anmaßt. Das kann sowohl im Bereich der Gebietshoheit, wie in dem der Personalhoheit geschehen. Die Folge davon müßte die Nichtanerkennung des auf Grund dieser angemaßten Position erlassenen Rechts sein. Doch ist in diesem Zusammenhang folgendes zu beachten:

---

ren dafür die niederländischen Gerichte international nicht zuständig, da sowohl die Niederlande als auch Ungarn Vertragspartner des Haager Ehescheidungsabkommens von 1902 sind und Ungarn nach Art.5 Abs.2 dieses Abkommens sich die ausschließliche Zuständigkeit vorbehalten hatte. Andererseits sind die Niederlande Partner des Flüchtlingsabkommens, das nach Art.12 die Wohnsitzzuständigkeit begründet. Es lag also ein Fall der Vertragskollision vor, den das Gericht zugunsten des Flüchtlingsabkommens löste, weil es den Parteien nicht zumutbar sei, vor den ungarischen Gerichten Recht zu suchen. Entsprechend auch die Rb. Haarlem vom 2.2.1960, N.J. 1960, No.440. Das Schweizerische Bundesgericht nimmt für diese Fälle einen "Notgerichtsstand" an, auch wenn die Parteien nicht unter den Schutz des Flüchtlingsabkommens fallen (BGE 88 II 329).

1) Das wird gerade auch im Bereich des Adelsrechtes deutlich. Hat der Heimatstaat etwa seinen früheren Monarchen ausgewiesen, so kann er von anderen Staaten nicht mehr verlangen, daß sie diesem die Führung seiner Titel verbieten. Das LG Würzburg wäre daher im Habsburg-Fall (Beschl. v. 16.7.1958, IPRSpr. 1958-59 Nr.16) nicht gehindert gewesen, dem Beschwerdeführer entgegen dem Recht der Republik Österreich seine Titel als Namen zuzusprechen. Eine

a) Maßt sich der Staat eine Personalhoheit über Personen an, die sich nicht auf dem Gebiet aufhalten, über das er faktisch Gewalt ausübt, so kann diese Anmaßung leicht zurückgewiesen werden, indem diese extraterritoriale Wirkung nicht anerkannt wird. In diesem Falle wird den betroffenen Privatpersonen kein Unrecht geschehen.

b) Anders ist es aber, wenn es sich um Rechtsbeziehungen handelt, die Personen berühren, die sich im Bereich der tatsächlichen Macht des usurpierenden Staates befinden. Die Folge aus der Nichtanerkennung der illegitimen Gebietshoheit wäre hier mit den Worten von Lord R e i d so zu beschreiben[1]:

> "Any civil marriage under any such new law or owing its validity to the act of any such official would ... have to be treated as a nullity so that we should have to regard the children as illegitimate; and the same would apply to divorces and all manner of judicial decisions whether in family or commercial questions."

Schon diese Zusammenstellung ergibt, daß ein solches Unrecht den Bewohnern dieser Gebiete nicht angetan werden darf, beruht doch die illegitime Gebietshoheit in den wenigsten Fällen auf ihrem eigenen Willen[2].

Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Personalhoheit Österreichs bestand deswegen nicht, weil diese durch das HabsburgerGes. v. 2.4.1919 auf die formale Hülse der Staatsangehörigkeit reduziert wurde.

1) Carl-Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keeler, Ltd. and others, 1966, 2 All ER 536, hier S.548. Das Gericht brauchte diese Frage nicht endgültig zu entscheiden, da es von der de-jure Anerkennung der Herrschaft der UdSSR über Mitteldeutschland ausging.

2) Eine Umkehrung dieser Konstellation stellt der Fall dar, daß der Angehörige eines Staates einem anderen Staat Beihilfe leistet, eine völkerrechtswidrige Gebietshoheit zu begründen. Über einen solchen Fall hatte der Hof Amsterdam zu entscheiden (Repoebliek Maloekoe Selatan v. N. V. Koniklijke Paketvaart Maatschappij, N.J. 1951, No.129 = Internationales Recht und Diplomatie 1956 S.333). Die niederländische Beklagte hatte der Republik Indonesien zu deren Aggression gegen die Klägerin Beistand geleistet. Sie wurde auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Die Rechtsbank Amsterdam hatte der Klage wegen Völkerrechtswidrigkeit der Handlungen stattgegeben (N.J. 1950 No.804).

Für diesen Problemkreis gibt es aber einen interessanten historischen Präzedenzfall. Die USA mußten sich nach dem Sezessionskrieg[1] mit der Rechtsprechung und Gesetzgebung der Confederated States auseinandersetzen, also von Staaten deren Rechtspersönlichkeit sie nicht nur nicht anerkannt hatten, sondern deren Existenz sie als organisierte Rebellion empfanden[2]. Der Supreme Court traf eine Unterscheidung zwischen Rechtssätzen und Hoheitsakten, die sich bezogen auf

> "the preservation of order, the maintenance of police regulations, the prosecution of crimes, the protection of property, the enforcement of contracts, the celebration of marriages, the settlement of estates, the transfer and descent of property, and similar and kindred subjects ..."

und Handlungen, die

> "have been entered into with actual interest to further invasion and insurrection"[3].

Die erste Gruppe müsse auch von den Gerichten der USA anerkannt und angewendet werden.

Aus diesem historischen Präzedenzfall läßt sich eine grundsätzliche Folgerung ziehen: Bei Rechtssätzen, die nach einem internationalen Standard zum Zivilrecht gehören, kann es auf die völkerrechtliche Legitimität nicht ankommen[4]. Das muß umso mehr gelten, wenn es sich um das Recht

---

Der Hof aber hob dieses Urteil auf. Er glaubte nicht in der Lage zu sein, über die Völkerrechtswidrigkeit der Handlungen eines anderen Staates zu befinden. Vom Völkerrecht war diese Lösung allerdings nicht geboten. (Zu den Hintergründen des Falles s. R o e t h o f , Symbolae Verzijl, S.295 ff.)

1) Zu den völkerrechtlichen Fragen des Sezessionskriegs s. R i e , WVR III, S.267 ff.

2) Die grundlegende Anschauung des Supreme Court ist dargelegt in Texas v. White, 1869, 7 Wallace 700 = 19 L.Ed. 227.

3) Die gesamte Rechtsprechung ist zusammengefaßt in Baldy v. Hunter, 1898, 171 U.S. 388 = 43 L.Ed. 208.

4) Davon ist zu unterscheiden die Frage nach der inhaltlichen Illegitimität des anzuwendenden Rechts, die unter dem Begriff des ordre public erfaßt wird. Das kann etwa für die Frage des Ehehindernisses der Rassenverschiedenheit eine Rolle spielen, im einzelnen s. dazu H a b e r m a l z , Das Ehehindernis der Rassenzugehörigkeit in ausländischen

eines nicht anerkannten Staates oder einer nicht anerkannten Regierung handelt. Die Anwendung solcher Rechtssätze geschieht nicht aus Achtung vor dem fremden Staat, sondern aus Gründen der Menschlichkeit, weil die Nichtanwendung zu evident ungerechten Ergebnissen führen müßte. Daher muß insoweit auch beim Nebeneinander von anerkannter de jure und anerkannter de facto Regierung allein die tatsächliche Gebietshoheit entscheiden[1].

Daher läßt sich die These formulieren: Das auf Grund des Internationalen Privatrechts anzuwendende Recht darf aus Gründen der Menschlichkeit nicht nach der völkerrechtlichen Legitimität des erlassenden Organs diskriminiert werden[2].

Ad 3.:

a) Das Phänomen des ordre public tritt in allen Rechtsordnungen in ähnlicher Funktion auf[3]. Allgemein kann es aber umschrieben werden als eine Ermächtigung an den nationalen Richter, von dem an sich gegebenen Rechtsanwendungsbefehl in bestimmten Fällen abzuweichen; also auch das System des eigenen Internationalen Privatrechts zu durchbrechen um ein unerwünschtes Ergebnis zu vermeiden. Andererseits ist es aber nicht einmal im Rahmen des Vertragsvölkerrechts gelungen, die Voraussetzungen zu definieren, unter denen diese Durchbrechung erlaubt sein soll. Daraus folgt aber, daß sich die Staaten gegenseitig das Recht zuerkennen, daß jeder unter von ihm selbst zu bestimmenden Voraussetzungen Ausnahmen von dem einmal als verbindlich festgelegten System des Internationalen Privatrechts zulassen darf[4].

Rechtsordnungen und seine Anwendung im deutschen IPR. Mit der völkerrechtlichen Qualität des Normsetzers hat dies aber nichts zu tun.

1) So auch der engl. Court of Appeal im Falle Banco de Bilbao v. Sanchez, 1938, 2 All ER 253 und M a u r y , Festschrift für Raape, S.53 ff.

2) Wie hier, mit weiteren Nachweisen, W e n g l e r , Festschrift für Lewald, S.615 ff.

3) S. dazu oben, S.68 ff.

4) Richter L a u t e r p a c h t nahm in seinem Sondervotum zum Urteil im niederländisch-schwedischen Vormundschaftsstreit an, der Vorbehalt des ordre public gehöre zu den

Daraus könnte sich die völlige Unverbindlichkeit des Systems ergeben, wenn nicht ebenfalls allgemein diese Vorbehaltsklausel des ordre public durch die Voraussetzungen der Binnenbeziehung und des erheblichen Widerspruchs zur lex fori als Ausnahmeregelung gekennzeichnet wäre. Die anderen Funktionen des ordre public sind in diesem Zusammenhang nicht interessant, da sie nicht zur Ausnahme vom System führen; wird auf Grund der Ermächtigung eine Grenznorm festgelegt, so wird damit eine Regel, nicht eine Ausnahme geschaffen, das System also gerade errichtet.

b) Ist vom Völkerrecht her gegen das Bestehen der Vorbehaltsklausel grundsätzlich nichts einzuwenden, so muß aber weiter geprüft werden, ob sich daran etwas ändert, wenn die bisher ermittelten völkerrechtlichen Pflichten zur Anwendung fremden Rechts in Frage stehen. In diesen Fällen geht es ja nicht nur um die Bindung an das System, sondern es liegt eine kategorische Verpflichtung vor.

Im einzelnen lassen sich folgende Erwägungen anstellen:

i) Das Internationale Privatrecht beruht dikelogisch auf der Erwägung, daß die verschiedenartigen Realisierungen der Idee der Gerechtigkeit in den einzelnen Gemeinschaften und der sich daraus ergebende Relativismus hingenommen werden muß[1]. Diese Hinnahme erfolgt nicht resigniert, sondern als positive Achtung des Anders-Seins der fremden Gemeinschaft.
Die Vorbehaltsklausel des ordre public dagegen ist ein Ausdruck der Resignation gegenüber dieser Verschiedenheit, sie gestattet es, eine Grenze gegenüber dem Anders-Sein zu ziehen, wenn es störende Wirkungen in eigene Gemeinschaft hineintragen würde.
Daraus ergibt sich für das Verbot, den einzelnen einem Konflikt widersprechender Befehle oder einem Konflikt zwischen Freiheit und Befehl auszusetzen folgendes:

Allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Sinne des Art.38 Abs.I litt. c. des Statuts des IGH (Reports 1958, S.92). Man wird aber wohl sogar eine Norm des Gewohnheitsvölkerrechts annehmen dürfen.

1) S. dazu oben, S.100 ff.

Dieses Verbot stellt einen elementaren Grundsatz der Gerechtigkeit dar, Ausnahmen dazu sind kaum denkbar, wenn man von der bewußten Risikoübernahme durch den einzelnen absieht. Der ordre public kann mit diesem Prinzip aber schon deswegen nicht in Konflikt geraten, weil er durch das Gebot der Inlandsbeziehung territorial oder personal gebunden ist. Andererseits löst auch das Völkerrecht das Widerspruchsproblem dadurch, daß es der extraterritorialen Erstreckung des Rechtsbefehls Grenzen zieht und für den Konflikt zwischen der Gebietshoheit des Gastlandes und der fortbestehenden Personalhoheit des Heimatstaates eine jeweils eindeutig bestimmbare Kollisionsnorm enthält. Insoweit muß aber jede Berufung auf den ordre public untersagt werden. So kann z.B. kein Staat unter Berufung auf seinen ordre public von seinen Angehörigen im Ausland verlangen, daß sie die Rechtsordnung des Gastlandes verletzen; ebensowenig, wie das Gastland verlangen kann, daß sie gegen die fortbestehende Treuepflicht ihrem Heimatstaat gegenüber verstoßen.

ii) Damit findet aber auch die Frage nach dem Verhältnis von völkerrechtlichem Fremdenrecht und ordre public eine Antwort. Das Völkerrecht verleiht dem Gastland eine weitgehende Befehlsgewalt. Es schützt nur gewisse elementare Rechtspositionen des Fremden, die derart mit dem Gebot der Menschlichkeit verbunden sind[1], daß eine Einschränkung auf Grund des ordre public nicht zulässig sein kann, zumal ja der Rechtsschutz dieser Positionen der lex fori überlassen bleibt.

iii) Anders muß die Lösung im Falle der Achtung der fremden Gebietshoheit sein, wenn sie die Nichtdurchsetzung gewisser Verträge gebietet. Ausgeschlossen von jeder Berufung auf den ordre public bleibt auch hier der echte Normenwiderspruch zwischen zwei Befehlen. In einem solchen Fall muß die Gebietshoheit den Vorrang behalten.

---

1) Daß grundsätzlich das Prinzip des Mindeststandards und nicht das der Inländerbehandlung gilt, hat jetzt D o e h r i n g , Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht, S.68 ff., nachgewiesen.

Das gilt aber nicht für den Widerspruch von Befehl und Handlungsfreiheit. Der Unterschied der Gesellschaftsordnungen und der Grundauffassung des Verhältnisses von Staat und einzelnem wird deutlich gerade in diesem Bereich, der in engster Beziehung zum öffentlichen Recht steht. Man wird es den Gerichten eines Staates nicht zumuten dürfen, daß sie einen Vertrag für ungültig erklären, durch den ein Angehöriger einer in einem anderen Staat verfolgten Bevölkerungsgruppe sein Vermögen zu retten sucht[1]. In einem solchen Falle wird die Divergenz zwischen den Rechtsauffassungen so evident, daß die Grundsituation des ordre public geradezu ins Auge springt. Im Rahmen der Pflicht, Verträge für ungültig zu erklären, durch die die Rechtsordnung eines anderen Staates auf dessen Gebiet verletzt werden soll, muß also die Vorbehaltsklausel des ordre public auch völkerrechtlich zugelassen werden.

Abschließend läßt sich zusammenfassen:

(1) Völkerrechtliche Gebote wirken auf alle normlogischen Stufen des Internationalen Privatrechts ein:

(a) Das Völkerrecht gebietet es, die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte so zu fassen, daß auch der im Inland lebende Fremde Rechtsschutz findet;

(b) es begrenzt durch das Widerspruchsverbot den Umfang des staatlichen Rechts;

(c) es gebietet im Rahmen des Fremdenrechts und der Achtung der fremden Gebietshoheit in beschränktem Umfange auch die Anwendung ausländischen Rechts.

(2) Soweit die völkerrechtlichen Gebote und Verbote eingreifen, werden auch die dikelogischen Grundfragen im Sinne des Postulates der Entscheidungsharmonie gelöst, der Topos der Achtung der fremden Gemeinschaft und der Topos der Achtung des Fremden werden zu einem einheitlichen System verbunden.

---

1) So entschied z.B. der Supreme Court of Israel, daß Verträge, durch die Juden ihr Vermögen vor den nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen zu retten suchten, als gültig angesehen werden müssen, obwohl grundsätzlich Verträge, die das Recht eines fremden Staates auf dessen Gebiet verletzen, nichtig seien (Urt. v. 4.10.1956 im Falle Mazur v. Kirschbaum und v. 2.6.1958 im Falle Deklo v. Levi, beide abgedruckt in ILR 26,56).

Zusammenfassung der Ergebnisse des dritten Abschnitts:

I.

Das auf der staatlichen Gesetzgebung und der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte beruhende Internationale Privatrecht ist der Rechtsquelle nach staatliches Recht, nicht Völkerrecht. Der Zwecksetzung nach ist es aber transnationales Recht.

II.

Völkerrechtliche Normen auf dem Gebiet des Internationalen sind denkbar. Sie können - der Natur des gegenwärtigen Völkerrechts gemäß - nur Verpflichtungen zur Beschränkung des Umfangs staatlicher Rechtsnormen oder Verpflichtungen zur Anwendung fremden Rechts auf bestimmte Sachverhalte enthalten, nicht aber ein eigenes, für alle Fälle verbindliches System des Internationalen Privatrechts.

III.

Die Bildung von Normen des Gewohnheitsvölkerrechts im Bereich des Grenz- und Rechtsanwendungsrechts setzt voraus:

1. Eine tatsächliche Übung, die sowohl Handeln (bzw. Unterlassen) des Gesetzgebers, der Gerichte oder der Verwaltung sein kann. Auf die organisatorische Verteilung der Gewalten im einzelnen Staat kommt es nicht an und darf es auch nicht ankommen.
2. Die Überzeugung, auf Grund einer Rechtspflicht oder mit dem Ziel, Völkerrecht zu schaffen, zu handeln. Diese Überzeugung wird vermutet, wenn eine entsprechende Entscheidung eines internationalen Gerichts oder eine herrschende Ansicht in der Rechtslehre vorliegt.

Dabei ist es nicht nötig, daß sich alle Staaten in gleicher Weise verhalten. Abweichendes Verhalten hat nur die Wirkung, daß die Norm des allgemeinen Gewohnheitsvölkerrechts gerade diesen Staat nicht bindet.

IV.

Aus der Rechtsquelle der Allgemeinen Rechtsgrundsätze lassen sich dagegen für den Bereich des Internationalen Privatrechts verbindliche Normen nicht ableiten, da die Grundsituation, nämlich die analoge Übernahme von Instituten des Privatrechts in das Völkerrecht, hier nicht gegeben ist.

V.

1. Völkerrechtliche Pflichten im Bereich des Internationalen Privatrechts können nur in der Form entstehen, daß sie die grundsätzliche Freiheit des staatlichen Handelns, die Souveränität, beschränken.

2. Die souveräne Gleichheit der Staaten innerhalb der Völkerrechtsordnung schließt es dabei aus, daß die Organe eines Staates durch Rechtsanwendungsbefehle eines anderen Staates verpflichtet werden können. Eine solche Bindung kann nur durch eine Norm des Völkerrechts erfolgen.

3. Das Völkerrecht schützt die Grundelemente des Staates: Staatsvolk und Staatsgebiet durch eine Reihe von Rechtssätzen, die sich um die Grundpositionen der Gebiets- und Personalhoheit gruppieren lassen. Diese Grundpositionen sind nicht etwa besondere völkerrechtliche Rechtstitel, sondern die Rechtsgüter, die von den völkerrechtlichen Normen durch Beschränkung der staatlichen Souveränität geschützt werden. Sie können sich in doppelter Weise auf das Internationale Privatrecht auswirken:
   a) Der Schutz der Gebietshoheit kann dazu führen, daß der Umfang der Zuständigkeit der Organe oder der Umfang der Norm nicht auf Vorgänge im Gebiet eines anderen Staates ausgedehnt werden darf. Denkbar ist auch, daß zwar die Zuständigkeit der Organe auf solche Vorgänge erstreckt werden darf, daß aber dann ein Rechtsanwendungsbefehl begründet werden muß, auf solche Vorgänge das Recht des Staates anzuwenden, auf dessen Gebiet sie sich abgespielt haben.

b) Das Rechtsgut der Personalhoheit liegt dem Recht der diplomatischen Protektion zugrunde. Soweit ein Staat die Rechte seiner Angehörigen verficht, mischt er sich nicht unzulässig in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates ein. Die Personalhoheit kann sich auswirken:

i) in der Beschränkung des Umfangs der Zuständigkeit der Staatsorgane, die aber dadurch ausgeglichen werden kann, daß den Organen befohlen wird, das Recht des Staates anzuwenden, dem der Betroffene angehört;

ii) in der Pflicht auf bestimmte Sachverhalte das Recht des Staates anzuwenden, dem die Beteiligten angehören.

Diese Pflicht ist insbesondere im Rahmen des völkerrechtlichen Fremdenrechts von Bedeutung, soweit der Gaststaat kraft Völkerrechts verpflichtet ist, dem Fremden Rechtsschutz durch seine Gerichte zu gewähren.

4. Der Begriff des Domaine réservé erfaßt alle Sachgebiete, die jeweils nur ein Staat mit verbindlicher Wirkung regeln kann. Damit ist aber nicht zugleich eine Verpflichtung der anderen Staaten gegeben, diese Regelung anzuerkennen. Eine solche Pflicht kann sich nur aus den Normen über den Schutz von Gebiets- und Personalhoheit ergeben.

VI.

Das Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht ist ein Unterfall des allgemeinen Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem, transnationalen Recht.

1. Das Völkerrecht ist Prüfungsmaßstab für alles staatliche Handeln, staatliche Rechtssetzung als Transformation ist nur ein Unterfall solch staatlichen Handelns. Das ergibt sich aus der Erwägung, daß

a) es jedem Staat freisteht, in welcher Form innerstaatlichen Handelns er seinen völkerrechtlichen Pflichten nachkommen will;

b) kein Staat sich seinen völkerrechtlichen Pflichten durch Berufung auf seine Verfassung und sein Recht entziehen kann.

2. Wieweit staatliches Recht als Voraussetzung einer völkerrechtlichen Rechtsposition gewertet werden kann, ist nach dem jeweils in Frage stehenden Völkerrechtssatz gesondert zu prüfen. Allein das Völkerrecht regelt auch, inwieweit staatliche Hoheitsakte für völkerrechtliche Position Rechtskraftwirkung haben. Ganz allgemein aber gilt: Die vom Völkerrecht vorgesehene Sanktion für die Setzung völkerrechtswidrigen staatlichen Rechts ist die Berechtigung der anderen Staaten, die dadurch intendierte völkerrechtliche Position nicht anzuerkennen.

3. Neben dem Völkerrecht und dem staatlichen Recht gibt es der Rechtsquelle nach keine dritte Kategorie des transnationalen Rechts. Die zum Nachweis dieser Kategorie angeführten Phänomene der Verträge zwischen Staaten und Einzelpersonen beruhen auf dem Ineinandergreifen völkerrechtlicher und staatlicher Rechtsnormen:
   a) Diese Verträge empfangen ihre Verbindlichkeit aus dem Recht des beteiligten Staates.
   b) Aus dem Völkerrecht ist der beteiligte Staat aber gegenüber dem Heimatstaat des nicht-staatlichen Vertragspartners verpflichtet, diesen Vertrag zu erfüllen. Insoweit kann er sich nicht auf nachträglich erlassene staatliche Rechtsnormen berufen.

VII.

Das von den internationalen Gerichten angewendete Grenzrecht kann für das Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht nur in beschränktem Umfange Lösungsmöglichkeiten bieten.

1. Nationales Recht wird von internationalen Gerichten angewendet:
   a) Als Bestandteil des Obersatzes des Urteils, weil die für die Entscheidung maßgebliche Völkerrechtsnorm auf das nationale Recht verweist;

b) als Bestandteil des Untersatzes, weil das nationale Recht als staatliches Handeln an der Völkerrechtsnorm zu messen ist;

c) als Ergänzung einer vom Völkerrecht gelassenen Lücke im Rahmen der Allgemeinen Rechtsgrundsätze.

2. Das im Rahmen der Allgemeinen Rechtsgrundsätze herangezogene nationale Grenzrecht ist seiner dogmatischen Natur nach Völkerrecht, aber von so niedriger Rangstufe, daß sich aus ihm Pflichten für die Staaten nicht ableiten lassen. Das gilt auch für das von den internationalen Gerichten angewendete Grenzrecht.

3. Das Internationale Privatrecht wird von internationalen Gerichten nur dann am Völkerrecht gemessen, wenn es im Untersatz des Urteilssyllogismusses auftritt. Das Grenzrecht, das zum nationalen Recht als Voraussetzung einer völkerrechtlichen Rechtsposition gehört, folgt eigenen Regeln, wie es am Beispiel der privatrechtlichen Vorfrage des Staatsangehörigkeitsrechts deutlich wird.

VIII.

Aus den Nachbardisziplinen des Internationalen Privatrechts lassen sich folgende Regeln erkennen, die von allgemeiner Bedeutung sind:

1. Das Internationale Zivilprozeßrecht lehrt, daß es eine besondere Ordnung außerhalb der echten völkerrechtlichen Pflichten gibt (Comity-Ordnung), die gekennzeichnet ist dadurch, daß

a) das Völkerrecht keine Regeln darüber enthält, an welche Merkmale die internationale Zuständigkeit anzuknüpfen ist;

b) das Völkerrecht es den Staaten freistellt, die Entscheidungen der Gerichte anderer Staaten anzuerkennen oder nicht;

c) als Voraussetzung der Anerkennung jeder Staat überprüft, ob das Gericht, dessen Urteil anerkannt werden soll, nach den vom anerkennenden Staat für dessen eigene Gerichte aufgestellten Regeln international zuständig war;

d) somit bestimmte, allgemein übliche Anknüpfungen auch allgemein mit Anerkennung rechnen können, unübliche Anknüpfungen dagegen allgemein von der Anerkennung ausgeschlossen werden, so daß das Imitationsgebot hier eine besondere Bedeutung erlangt.

2. Das Internationale Strafrecht läßt das Gebot, Normenwidersprüche auch im internationalen Rahmen zu vermeiden, hervortreten.
Danach gilt:
a) Soweit nicht der Schutz fremder Personalhoheit ihm Grenzen setzt, darf ein Staat strafrechtlich jedes menschliche Handeln regeln, das bestimmt ist, sich auf seinem Staatsgebiet auszuwirken.
b) Handlungen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, darf er nur erfassen
i) wenn sie auch am Tatort mit Strafe bedroht sind;
ii) wenn sie nur seine eigenen Angehörigen betreffen und nicht im Widerspruch zu der Rechtsordnung des Gastlandes stehen;
iii) wenn die Handlung einen eigenen Staatsangehörigen verletzt und die Nichtpönalisierung durch das Recht des Tatorts gegen das völkerrechtliche Fremdenrecht verstoßen würde.

3. Aus dem Internationalen öffentlichen Recht lassen sich folgende Grundsätze gewinnen:
a) Jeder Staat ist berechtigt, das im Rahmen seines Rechtsanwendungsrechts anzuwendende fremde Recht auf seine Übereinstimmung mit dem Völkerrecht zu prüfen und ihm im Falle der Nichtübereinstimmung die Anwendung zu versagen, soweit ein Verstoß gegen das allgemeine Völkerrecht oder gegen seine eigenen, völkerrechtlich geschützten Rechtsgüter vorliegt.
b) Die Befugnis eines Staates, durch generelle Norm oder Einzelakt die sachenrechtliche Zuordnung zu verändern, beschränkt sich auf die innerhalb seines eigenen Staatsgebiets befindlichen Sachen. Die veränderte Zuordnung ist insoweit von allen Staaten anzuerkennen, wenn sie

nicht als Konfiskation des Vermögens von Ausländern gegen das Völkerrecht verstößt. Dies gilt auch für das Vermögen von Gesellschaften und juristischen Personen; die Form dieser Organisation wird damit durchbrochen, sie führt nicht zu einer extraterritorialen Wirkung solcher Akte (Phänomen der Spaltgesellschaft).

c) In der Entwicklung begriffen ist der Satz des Völkerrechts, daß es den Staaten verboten ist, vor ihren Gerichten Verträge durchsetzen zu lassen, deren Erfüllung gegen das Recht eines anderen Staates auf dessen Staatsgebiet verstoßen würde.

d) Darüber hinaus ist aber kein Staat verpflichtet, vor seinen Gerichten die Ansprüche eines anderen Staats durchsetzen zu lassen, soweit diese nach einem internationalen Standard auf dem öffentlichen Recht des Klägerstaates beruhen.

IX.

Für das Internationale Privatrecht lassen sich daraus folgende Thesen gewinnen:

1. Die Pflicht zur Achtung der fremden Gebiethoheit greift in das System des Internationalen Privatrechts ein:
   a) Als Grundsätze des stärkeren Rechts;
   b) Als Verbot, die Schadensersatzpflicht außerhalb von Verträgen an Sachverhalte anzuknüpfen, die am Handlungsort erlaubt oder sogar geboten waren, wenn nicht
      i) Schädiger ein Inländer ist oder
      ii) ein auf das Inland gerichtetes Handeln vorlag und der Erfolg im Inland eintrat.

      Dieser völkerrechtliche Rahmen setzt auch dem Schutze der subjektiven Rechte eine Grenze.
   c) Als Gebot, die auf fremdem Staatsgebiet begründeten Vermögensrechte zu achten. Davon dürfen im Interesse des inländischen Verkehrs Ausnahmen gemacht werden, wenn es sich um dem Inland unbekannte Rechtsinstitute handelt oder das Inland besondere Publizitätserfordernisse kennt.

d) Als Verbot, vor den inländischen Gerichten Verträge durchzusetzen, deren Erfüllung die Rechtsordnung eines anderen Staates auf dessen Staatsgebiet verletzen würde. Diese Anknüpfung ist unabhängig vom Wirkungsstatut des Vertrags.

2. a) Die Pflicht zur Achtung der fremden Personalhoheit gebietet dagegen nicht die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit. Daneben ist auch die Anknüpfung an den Wohnsitz zulässig. Verboten ist aber die Anknüpfung an das Recht des bloßen Aufenthalts, soweit familien- und erbrechtliche Beziehungen in Frage stehen.

b) Das völkerrechtliche Fremdenrecht gebietet die Achtung bestimmter elementarer Rechtspositionen des Fremden. Insoweit ist eine Anknüpfung an das wohlerworbene Recht geboten.

3. Die allgemeine Achtung, die ein Staat allen anderen schuldet, verbietet es, im Rahmen des einmal angenommenen Systems des Internationalen Privatrechts, das Recht eines bestimmten Staates grundsätzlich und ohne Rücksicht auf seinen Inhalt von der Anwendung auszuschließen.
Solche Ausnahmen sind zulässig:

a) Wenn das fremde Recht im Einzelfall gegen den inländischen ordre public verstößt, es sei denn die übergeordneten Grundsätze des Verbots, den einzelnen widersprechenden Befehlen auszusetzen oder des völkerrechtlichen Fremdenrechts würden eingreifen;

b) Wenn es sich um Rechtsbeziehungen zwischen Flüchtlingen handelt, dann ist selbst außerhalb der Flüchtlingskonvention eine Anknüpfung an das Wohnsitzrecht gestattet, auch wenn die lex fori grundsätzlich vom Staatsangehörigkeitsprinzip ausgeht;

c) Nicht zulässig ist die Unterscheidung nach der völkerrechtlichen Legitimität des fremden Rechts, wenn es sich
   i) um privatrechtliche Rechtsbeziehungen (gemessen nach dem internationalen Standard)
   ii) um Rechtsbeziehungen handelt, die sich innerhalb der völkerrechtswidrigen Gebietshoheit abspielten oder noch abspielen.

Literaturverzeichnis

Adamovich, Ludwig - Spanner, Hans: Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts; 5. Aufl., Wien 1957.

Ago, Roberto: Lezioni di diritto internazionale privato, Parte generale; Ristampa inalterata dell' edizione del 1939, Milano 1955.

Aguilar Navarro, Mariano: Francisco Suarez el derecho internacional privato moderno; Revista española de derecho internacional, 1948, S.369 ff.

Ders.: Droit international publique et droit international privé; Mélange Maury Bd.I, S.3 ff., Paris 1960.

Ders.: Affinidades existentes entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado; Revista española de derecho internacional, 1958, S.11 ff.

Akademie der Wissenschaften der UdSSR - Rechtsinstitut: Völkerrecht; Veröffentlichungen des Instituts für öffentliches Recht an der Universität Kiel, Bd.43, Hamburg o.J.

American Law Institute: Restatement of the Law of Conflict of Laws; St. Paul 1934.

Anderson, J.N.B.: Islamic Law in the Modern World; London 1959.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919; unveränderter photomechanischer Nachdruck der 14.Auflage 1933, Bad Homburg vor der Höhe, 1960.

Anzilotti, Dionisio: Corso di diritto internazionale, Volume primo; Padova 1955.

Armbruster, Hubert: Selbstbestimmungsrecht; WVR III, S.250 ff.

Arminjon, Pierre: Précis de Droit international privé, Bd.I: Les notions fondamentales du Droit international privé, 3.Aufl., Paris 1947.

Aron, Erich: Die Beschlüsse der Kommission der 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich der Vorschriften über das internationale Privatrecht; Z.int.P.u.StR., Bd.VI (1896), S.1 ff.

van Asbeck, Frédérick Marie: De geleding van het recht in de statensamenleving; De Conflictu Legum, bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kollewijn, J. Offerhaus, NTIR, Bd.IX (1962), S.38 ff.

Association of American Law Schools: Selected Readings on Conflict of Laws; St. Paul 1956.

Aubry, Jacques: De la notion de territorialité on droit international privé; Clunet Bd.27 (1900), S.689 ff., Bd.28 (1901), S.253 ff. und 643 ff.

Baade, Hans W.: Die Privatrechtsgeographie Ost- und Mitteleuropas seit 1938; JIR Bd.7 (1958), S.315 ff.

Balladore-Pallieri, Giorgio: Diritto internazionale privato; 2a ed., Milano 1950.

Ders.: Diritto internazionale pubblico, 7.Aufl., Milano 1956.

von Bar, Ludwig: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts; 2 Bde., 2.Aufl., Hannover 1869.

Batiffol, Henri: Traité de Droit international privé; 3e ed., Paris 1959.

Ders.: Aspects philosophiques du droit international privé; Paris 1956.

Beckett, Sir Eric: What is Private International Law?; BYIL Bd.IX (1926), S.73 ff.

Beitzke, Günther: Nochmals internationalrechtliche Bemerkungen zum Erbhofrecht; Iherings Jahrbücher, Bd.88, S.109 ff.

Ders.: Grundgesetz und Internationalprivatrecht; Berlin 1961.

Ders.: Extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten; WVR I, S.504 f.

Ders.: Ordre public; WVR II, S.665 ff.

Bellon, Jacques: Le droit soviétique; Paris 1963.

Berber, Friedrich: Lehrbuch des Völkerrechts, Erster Bd.: Allgemeines Friedensrecht; München und Berlin 1960.

Berliner Juristenfakultät: Gutachten zum Fall Zappa; Z.int.P. u.StR. Bd.III (1893), S.275 ff.

Betti, Emilio: Grundprobleme des internationalen Privatrechts; Ius et lex, Festschrift für Gutzwiller, Basel 1959, S.233 ff.

Birke, Wolfgang: Die Konfiskation ausländischen Privatvermögens im Hoheitsbereich des konfiszierenden Staates; Hamburg 1960.

Bischoff, Jeanmarc: La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois; Paris 1959.

Blomeyer, Arwed: Zivilprozeßrecht. - Erkenntnisverfahren; Berlin - Göttingen - Heidelberg, 1963.

Bluntschli, Johann Caspar: Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt; 2.Aufl., Nördlingen 1876.

Böhmer, Christof: Die Rechtfertigungsgründe bei den unerlaubten Handlungen im deutschen internationalen Privatrecht; Erlanger Dissertation, 1962.

van Boxsom, G.: Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen; Brüssel 1964.

Bracht, Hans Werner: Ideologische Grundlagen der sowjetischen Völkerrechtslehre; Abhandlungen des Bundesinstituts zur Erforschung des Marxismus-Leninismus; Köln 1964.

Brackmann, Kurt: Handbuch der Sozialversicherung; 1.-5. Aufl., Bad Godesberg 1956.

Braga, Sevold: Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip. Ein Beitrag zur Reform des internationalen Privatrechts; Erlangen 1954.

Ders.: Kodifikationsgrundsätze des internationalen Privatrechts; RabelsZ. Bd.23, (1958) = Festschrift für Makarov, S.421 ff.

van Brakel, S.: Grondslagen en beginselen van Nederlands internationaal privaatrecht; Zwolle 1953.

Bräutigam, Hans Otto - Mosler, Hermann: Staatliche Zuständigkeit; WVR 3, S.317 ff.

Brewster, Kingman: Antitrust and American Business Abroad; New York, Toronto, London 1958.

Briggs, Herbert W.: Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice; RdC Bd.93, (1958 I), S.229 ff.

Broggini, Gerardo: Conoscenza e interpretazione del diritto straniero; SchwJiR Bd.XI (1954), S.105 ff.

Ders.: Die Maxime "jura novit curia" und das ausländische Recht; AcP Bd.155 (1956), S.474 ff.

Bromley, P.M.: Family Law; 2nd. Ed. London 1962.

Brunner, Otto: Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter; 4.Aufl., Darmstadt 1965.

Bucher, Eugen: Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis; Tübingen 1965.

Bühler, Ottmar: Der völkerrechtliche Gehalt des Internationalen Privatrechts; Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, S.177 ff.

Ders.: Internationales Steuerrecht und internationales Privatrecht. Ein systematischer Versuch; Amsterdam 1960.

Ders.: Prinzipien des Internationalen Steuerrechts. Ein systematischer Versuch; Amsterdam 1964.

Ders.: Internationales Steuerrecht rollt Völkerrechtsfragen auf; Festschrift für Jahrreiss; Köln, Berlin, Bonn, München 1964, S.33 ff.

Ders.: Völkerrecht und Landesrecht im internationalen Steuerrecht; ZaörV Bd.XIX, 1958, S.668 ff.

Bülow, Arthur: Rechtshilfe (internationale) in Zivilsachen; WVR 3, S.59 ff.

Bystrický, R.: Zu einigen Problemen des internationalen Rechts im Zusammenhang mit der sozialistischen Nationalisierung; Fragen des IPR, zusammengestellt und bearbeitet von Horst Wiemann, Berlin (Ost), 1958.

Cansacchi, Conte Giorgio di, Nobile di Amelia: Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois; RdC Bd.83 (1953 II), S.83 ff.

Carabiber, Charles: Les juridictions internationales de droit privé. De l'arbitrage international à l'expérience des Tribunaux Arbitraux Mixtes et à l'institution de juridictions internationales permanentes de droit privé; Neuchâtel, o.J.

Carullo, Vincenzo: La costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori (Ristampa); Milano 1959.

Cassese, Antonio: Il diritto interno nel processo internazionale; Pubblicazioni della Società Italiana per l'Organizazzione Internazionale, Padova 1962.

Catellani, Enrico: Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIXe siècle; RdC Bd.46, 1933 IV, S.707 ff.

Cavaré, Louis: Le Droit international public positif. Bd.1, Paris 1961; Bd.2, Paris 1962.

Cavers, David F.: A Critique of the Choice of Law Problem; 47 Harv. Law Rev. (1933), S.175 ff. = Selected Readings on Conflict of Laws, S.101 ff.

Ders.: The two "Local Law" Theories; 63 Harv. Law Rev. (1949/50), S.822 ff.

Chacko, C. Joseph: India's Contribution to the Field of International Law Concepts; RdC Bd.93 (1958 I), S.120 ff.

Charles, Raymond: Le droit musulman, Paris 1956.

Cheatham, Eliott E.: American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility; 58 Harv. Law Rev. (1944/45), S.361 ff.

Ders.: Problems and Methods in Conflict of Laws; RdC Bd.99 (1960 I), S.237 ff.

Cheatham, Eliott E. und Reese, Willis L.M.: Choice of the Applicable Law; Columbia Law Review Bd.52, 1952, S.959 ff.

Cheng, Bin: General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, London 1953.

Cheshire, Geoffrey Chevalier: Private International Law; 6th ed. 1961, London and Oxford.

Chrétien, Marcel: À la recherche du droit fiscal commun; Paris 1956.

Conrad, Hermann: Deutsche Rechtsgeschichte. Bd.1: Frühzeit und Mittelalter; 2.Aufl. 1962.

Cook, Walter Wheeler: The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws; Selected Readings on Conflict of Laws, S.71 ff.

Curry, Brainerd: Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws; Selected Essays on the Conflict of Laws, Duke University Press, Durham N.C. 1963, S.177 ff.

Ders.: The Verdict of Quiescent Years; aaO., S.584 ff.

Ders.: Conflict, Crisis and Confusion in New York; aaO., S.690 ff.

Dahm, Georg: Völkerrecht; Stuttgart, Bd.1 (1958), Bd.2 und 3 (1961).

David, Lucas: Die Bindung des Richters an das Präjudiz im englischen Recht; Winterthur 1962

David, Marcel: L'hégémonie impériale dans la doctrine de Bartole; Bartolo da Sassoferrato, Studi e Documenti per il VI centenario, Milano 1962, Bd.II, S.199 ff.

David, Martin - van Groningen, B.A.: Papyrological Primer, Leiden 1965.

Dicey's Conflict of Laws, 7th ed., London 1958, by I.H.C. Morris, General editor; O. Cahn-Freund, K. Lipstein, M. Mann, C. Parry, G.H. Treitel, editors.

Diederichsen, Uwe: Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz; NJW 1966, S.697 ff.

Dodd, E. Merrick jr.: The Power of the Supreme Court to Review State Decisions in the Field of Conflict of Laws; Harv. Law Rev. Bd.39 (1925/26), S.533 ff.

Doehring, Karl: Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht; Köln - Berlin 1963.

Dölle, Hans: Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit; RabelsZ. Bd.27, s. 1962/63, S.201 ff.

Dölle, Hans - Reichert-Facilides, Fritz - Zweigert, Konrad: Internationalrechtliche Betrachtungen zur Dekolonialisierung; Tübingen 1964.

Domke, Martin: Enteignung; WVR Bd.I, S.428 ff.

Ders.: Feindbegriff; WVR Bd.I, S.509 ff.

Ders.: Konfiskation; WVR Bd.II, S.264 ff.

Eckstein, Felix: Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrechts; RabelsZ. Bd.8, 1934, S.121 ff.

Ehrenzweig, Albert A.: Treatise on the Conflict of Laws; St. Paul Minn. 1962.

Ders.: Zum Handwerkszeug des amerikanischen internationalen Privatrechts; Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht, Bd.7, 1956, S.521 ff.

Eichmann, Eduard - Mörsdorf, Klaus: Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Juris Canonici; Bd.1, 7. Aufl. 1953; Bd.2, 9.Aufl. 1959; Bd.3, 7. Aufl. 1954.

van der Elst, Raymond: Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge; 2 Bde., Paris - Bruxelles 1956.

Engisch, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung; Heidelberg 1935.

Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre; 2.Aufl., Tübingen 1964.

Etter, Kurt Herbert: Vom Einfluß des Souveränitätsgedankens auf das Internationale Privatrecht; Zürcher Studien zum internationalen Recht, Bd.27, Zürich o.J.

Falconbridge, John Delatre: Essays on the Conflict of Laws; 2nd. Ed., Toronto 1954.

Fasching, Hans W.: Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen; Bd.I, Wien 1959.

Fattal, Antoine: Le statut legal des nonmusulmans en pays d'islam; Beyrouth 1958.

Ferid, Murad: Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen; Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd.2, S.119 ff.

Ferid, Murad - Firsching, Karl: Internationales Erbrecht; 3 Bde., München - Berlin 1961-1966.

Flaischlen, N.: Die Zappa'sche Angelegenheit im Licht des Internationalen Rechts; Z.int.PuStR. Bd.III, 1893, S.117 ff.

Fontes Juris Gentium, herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; B I 1: Repertoire de la correspondence diplomatique des Etats Européens, 1856-1871; Köln - Berlin 1932.

Foster, John: La théorie anglaise du droit international privé; RdC, Bd.65 (1838 III), S.395 ff.

Fragistas, Charalambos N.: La compétence internationale en droit privé; RdC, Bd.104 (1961 III), S.159 ff.

Francescakis, Ph.: La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé; Paris 1958.

Ders.: Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité; RabelsZ. Bd.23 (1958), Festschrift für Makarov, S.466 ff.

François, J.P.A.: Grondlijnen van het volkenrecht; 2.Aufl., Zwolle 1957.

Frankenstein, Ernst: Internationales Privatrecht; 1.Band, Berlin 1926.

Ders.: Projet d'un Code européen de droit international privé; Leiden 1950.

Friesenhahn, Ernst: Menschenrechtsdeklaration der Vereinten Nationen; WVR Bd.2, S.511 ff.

Gamillscheg, Franz: Der Einfluß Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts; Beiträge zum ausländischen internationalen Privatrecht, Bd.25, Berlin - Tübingen 1955.

Ders.: Internationale Zuständigkeit und Entscheidungsharmonie im Internationalen Privatrecht; Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 3, S.29 ff.

Ders.: Die "wesenseigene" Zuständigkeit bei der Scheidung von Ausländern; Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd.2, S.289 ff.

Gamillscheg, Franz:	Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht); Berlin - Tübingen 1959.
Garcia-Mora, Manuel:	International Responsability for Hostile Acts of Private Persons Against Foreign States; The Hagne 1962.
Gasteyger, Carl:	Sozialistischer Internationalismus und Integration - Völkerrechtliche Strukturprobleme des Ostblocks; Jahrbuch für Ostrecht 1963, S.117 ff.
Geck, Wilhelm Carl:	Anerkennung fremder Hoheitsakte; WVR Bd.1, S.55 f.
Ders.:	Anerkennung fremder Urteile und Schiedssprüche; WVR Bd.1, S.57 f.
Ders.:	Diplomatischer Schutz; WVR Bd.1, S.379 ff.
Ders.:	Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet; WVR Bd.1, S.795 f.
Ders.:	Konzession; WVR Bd.2, S.301 ff.
Gold, Josef:	Das Währungsabkommen von Bretton Woods vom 22.7.1944 in der Rechtsprechung; RabelsZ. Bd.19, 1954, S.601 ff.; Bd.22, 1957, S.601 ff.; Bd.27, 1962/63, S.606 ff.
Goldschmidt, Werner:	Zur ontologisch-logischen Erfassung des Internationalen Privatrechts; öZöR Bd. IV, n.F. (1952), S.121 ff.
Ders.:	Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts; Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, S.203 ff.
Ders.:	Systema y Filosofia del Derecho Internacional Privado; Bd.1, Buenos Aires 1952.
Ders.:	Der Aufbau der juristischen Welt. Theorie der Austeilung, ihrer Gerechtigkeit und ihrer Normierung; Wiesbaden 1963.
Goodrich, Herbert F.:	Handbook of the Conflict of Laws; 3rd. ed.,St. Paul Minn. 1949.
Graveson, R.H.:	The Conflict of Laws; 4th ed., London 1960.
Ders.:	Judicial Justice as a Contemporary Basis of the English Conflict of Laws; XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in the Honor of Hessel E. Yntema, S.307 ff.

Grotius, Hugo:	De Jure Belli ac Pacis Libri Tres; Ed. Lugduni Batavorum 1938.
Grützner, Heinrich:	Auslieferung; WVR I, S.115 ff.
Guggenheim, Paul:	Lehrbuch des Völkerrechts unter Berücksichtigung der internationalen und schweizerischen Praxis; Bd.I, Basel 1948, Bd.II Basel 1951.
Ders.:	Bericht: Völkerrecht; SchwJIR (Dokumentarteil) Bd.IV, S.141 ff.; VI, S.113 ff.; VII, S.123 ff.; VIII, S.169 ff.; IX, S.125 ff.; X, S.191 ff.; XI, S.173 ff. XII, S.171 ff.; XIII, S.135 ff.
Ders.:	L'origine de l'"opinio juris sive necessitatis" comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire de droit de gens; Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, Paris 1958, S.258 ff.
Ders.:	Völkerrecht und Landesrecht; WVR III, S.651 ff.
Ders.:	Contribution à l'histoire des sources de droit des gens; RdC Bd.94, 1958 III, S.5 ff.
Guldener, Max:	Schweizerisches Zivilprozeßrecht; 2.Aufl., Zürich 1958.
Ders.:	Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz; Zürich 1951.
Gunst, Dietrich:	Der Begriff der Souveränität im modernen Völkerrecht. Eine wissenschaftliche Analyse, Berlin 1953.
Guradze, Heinz:	Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht; Göttingen 1956.
Gutzwiller, Max:	Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts; Freiburg (Schweiz) 1923.
Ders.:	Das Internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichte; Internat. Jahrbuch f. Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen, Bd.3 (1931), S.123 ff.
Ders.:	Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften; Basel 1940.

Gutzwiller, Max: Fünfzig Jahre Internationalprivatrecht; RabelsZ. Bd.23, 1958 (Festgabe für A.N. Makarov), S.403 ff.

Habermalz, Wilhelm: Das Ehehindernis der Rassezugehörigkeit in ausländischen Rechtsordnungen und seine Anwendung im deutschen IPR; Göttingen 1963.

Haedrich, Heinz: Intervention; WVR II, S.144 ff.

Ders.: Interzession; WVR II, S.147 f.

Hallier, Hans-Joachim: Drago-Doktrin; WVR Bd.1, S.398 ff.

Ders.: Drago-Porter-Konvention von 1907; WVR Bd.1, S.391 ff.

Ders.: Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit; Köln, Berlin, Bonn 1962.

Hambro, Edvard: Conflict Law as a Part of International Law; Varia Juris Gentium, liber amicorum Jean Pierre Adrien François, Leiden 1959, S.132 ff.

Ders.: The Relations between International Law and Conflict Law; RdC Bd.105 (1926 I), S.7 ff.

Hancock, Moffatt: Three Approaches to the Choice-of-Law Problem: The Classificatory, the Functional and the Result-Selective; XXth Century and Conflict Law; Legal Essays in the Honor of Hessel E. Yntema, Leiden 1961, S.365 ff.

Harper, Fowler V.: Policy Bases of the Conflict of Laws; Yale Law Journal, Bd.56 (1947), S.1155 ff.

Hatschek, J.: Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamer Staatsakte; Leipzig - Erlangen 1923.

Heffter, August Wilhelm: Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen; 8. Ausgabe, bearbeitet von F. Heinrich Geffcken, Berlin 1888.

Heilborn, Paul: Grundbegriffe des Völkerrechts; Handbuch des Völkerrechts, 1.Bd., 1.Abt., Berlin - Stuttgart - Leipzig 1912.

Heini, Anton: Neuere Strömungen im amerikanischen Internationalen Privatrecht; SchwJIR Bd.XIX (1962), S.31 f.

Heiz, Rudolf: Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht. Der Einfluß der public policy auf ausländisches Straf-, Steuer-, Devisen-, Konfiskations- und Enteignungsrecht; Zürich 1959.

Heller, Hermann: Staatslehre (herausgegeben von Gerhart Niemeyer), 3.Aufl., Leiden 1963.

Henkel, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie; München und Berlin 1964.

von der Heydte, Friedrich August Frh.: Völkerrecht; Bd.1, Köln 1958, Bd.2 Köln - Berlin 1960.

Ders.: Das Prinzip der guten Nachbarschaft im Völkerrecht; Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für A. Verdross, Wien 1960, S.133 ff.

Ders.: Koexistenz; WVR II, S.237 ff.

von Hippel, Fritz: Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung; Berlin 1930.

Hobbes, Thomas: Leviathan or the matter forme & power of a commonwealth eclesiasticall and civill; nach der Ausgabe Oxford 1958.

Hoffmann, Gerhard: Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht. Zum gegenwärtigen Stand des Strafrechts; Frankfurt - Berlin 1962.

Ders.: Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, S.193 ff.

Holdsworth, W.S.: A History of English Law; Bd.1, London 1922.

Hommel, N.: Metoikoi; Pauly-Wissowas Realencyclopaedie, Bd.XV, 2, Spalte 1413 ff.

Hubmann, Heinrich: Gewerblicher Rechtsschutz. Ein Studienbuch; München und Berlin 1962.

Hyde, Charles Cheney: International Law, chiefly as Interpreted and Applied by the United States, 3 Bde., 2nd ed., Boston 1951.

Institut de Droit international: Tableau général des résolutions (1873-1956); publié par Hans Wehberg, Bâle 1957.

Isay, Ernst: Internationales Finanzrecht; Stuttgart - Berlin 1934.

Jackson, Robert H.: Full Faith and Credit - The Lawyer's Clause of the Constitution; Columbia Law Review Bd.45 (1945), S.1 ff.

Jaenicke, Günther: Völkerrechtsquellen; WVR III, S.773 ff.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre; 3.Aufl., 7.Neudruck, Darmstadt 1960.

Jennings, R.Y.: Extraterritorial Jurisdiction and the U.S. Antitrust Laws; BYIL Bd.XXXIII (1957), S.146 ff.

Jescheck, Hans Heinrich: Strafrecht, internationales; WVR III, S.396 ff.

Ders.: Zur Reform der Vorschriften des StGB über das Internationale Strafrecht; Internationales Recht und Diplomatie, Bd.1, 1956, S.75 ff.

Jessup, Philipp C.: Transnational Law; New Haven 1956.

Jörs, Paul - Kunkel, Wolfgang - Wenger, Leopold: Römisches Privatrecht; 3.Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949.

Kahn, Franz: Abhandlungen zum internationalen Privatrecht; herausgeg. von Otto Lenel und Hans Lewald (2 Bde.), München und Leipzig 1928.

Kaser, Max: Das römische Privatrecht. 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht; Handbuch der Altertumswissenschaft, X. Abt. III. Teil, 3.Bd., 1. Abschnitt, München 1955.

Katzke, Hans-Joachim: Die Durchsetzung der amerikanischen Antitrustgesetze in der Praxis; NJW 1963, S.1383 ff.

Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht (Ein Studienbuch), 2.Aufl., München und Berlin 1964.

Ders.: Kommentierung der Artikel 7 ff. EGBGB in Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.5, Stuttgart 1961.

Ders.: Probleme des Internationalen Enteignungs- und Währungsrechts; Köln 1956.

Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre; 2.Aufl., Wien 1960.

Kern, Fritz: Recht und Verfassung im Mittelalter; 2. unveränderte Aufl., Darmstadt 1958.

Khaddouri, Majid: War and Peace in the Law of Islam; Baltimore o.J.

Kipp, Heinrich: Verträge zwischen staatlichen und nicht staatlichen Partnern; Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, Karlsruhe 1964, S.133 ff.

Kirchschlager, Rudolf: Protektorat; WVR II, S.808 ff.

Kiss, Alexandre Charles: Répertoire de la pratique française en matière du droit international publique; Bd.1 und 4, Paris 1962.

van Kleffens, Eelco Nicolaas: Sovereignty in International Law; RdC Bd.82 (1953 I), S.1 ff.

Klein, Friedrich: Sanktion; WVR III, S.158 ff.

Knittel, Wilhelm: Geltendes und nicht geltendes Auslandsrecht im internationalen Privatrecht; Bd.21, Bielefeld 1963.

Koch, C.: Preator inter peregrinos; Pauly-Wissowas R.E., 44. Halbband, Sp.592 ff.

Kollewijn, R.D.: Geschiedenis van de Nederlandse wetenschap van het internationaal privatrecht tot 1880; Amsterdam 1937.

Ders.: Tien Jaren Nederlands Rechtspraak Internationaal Privaatrecht; Leiden 1966.

Kordt, Erich: Zur rechtlichen Struktur des Ostblocks; JZ 1960, S.553 ff.

Korkisch, Friedrich: Der Staatsangehörigkeitsgrundsatz im Kollisionsrecht; Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, Bd.2, S.87 ff.

Kosters, J. - Dubbink, C.W.: Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht; Haarlem 1962.

Kralik, Winfried: Die internationale Zuständigkeit; ZZP Bd.74 (1961), S.2 ff.

Krcmar, I.: Beiträge zur Geschichte des IPR; Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, Wien 1911.

Kronstein, Heinrich: Neue amerikanische Lehren zum internationalen Privatrecht im Lichte des amerikanisch-europäischen Kartellkonflikts; Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, S.225 ff.

Kronstein, Heinrich - Miller, John T. - Schwartz, Ivo E.: Modern American Antitrust Law. A Guide to its Domestic and Foreign Application; New York 1958.

Krüger, Herbert: Effektivität; WVR I, S.410 ff.

Ders.: Hohe See; WVR I, S.791 ff.

Ders.: Schiffahrtsfreiheit; WVR III, S.206 ff.

Kübler, N.: Peregrinus: Pauly-Wissowas R.E., Bd. XIX, 1. Sp.640 ff.

Kunkel, Wolfgang: Römische Rechtsgeschichte; München und Berlin 1949.

Kunz, Josef L.: The Nature of Customary International Law; American Journal of International Law, Bd.47 (1953), S.662 ff.

Ders.: Protest; WVR II, S.810 ff.

Ders.: Völkerrecht, allgemein; WVR III, S.611 ff.

Lagarde, Paul: Recherche sur l'ordre public en Droit international privé; Bibliotheque de Droit privé XV, 1959.

Lalive, Jean-Flavien: Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'État et une societé privée étrangère; SchwJIR Bd.XXX (1962), S.273 ff.

Lammers, Hans-Heinrich und Simon, Walter: Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund des Artikels 13, Absatz 2 der Reichsverfassung; Band 1: 1920-1928, Berlin 1929.

Lauterpacht, Sir Hersch: Private Law Sources and Analogies of International Law; London 1927.

Ders.: The Development of International Law by the International Court; New York 1958.

Leibholz, Gerhard: Das Verbot der Willkür und des Ermessensmißbrauches im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten; ZaöRV Bd.1 (1929), S.77 ff. = Sonderdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt 1963.

Ders.: Gleichheit der Staaten; WVR I, S.694 ff.

Leisner, Walter: Verfassungswidrigkeit ausländischer Rechtsnormen; Bayerische Verwaltungsblätter 1957, S.108 ff.

Ders.: Grenzüberschreitende umsatzsteuerliche Organschaft nach deutschem Steuerrecht und Völkerrecht; Finanzarchiv Bd.23, 1963/64, S.298 ff.

Leonhard, R.: Commercium; Pauly-Wissowas R.E., Bd.IV, 1, Sp.767 f.

Ders.: Conubium; aaO., Sp.1170 f.

Lerebours-Pigeonnière, Paul: Droit international privé; 8e éd., par Ivon Lossuarn, Paris 1962.

Ders.: La déclaration universelle des droit de l'homme et le droit international privé français; Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etude offerte à Georges Ripert, Bd.1, S.255 ff., Paris 1950.

Level, Patrice: Essai sur les conflits de lois dans le temps. Contribution à la théorie générale du droit transitoire; Paris 1959.

Lewald, Hans: Conflits des lois dans le monde grec et romain; Labeo, Rassegna di Diritto romano, Bd.5, 1956, S.334 ff.

Ders.: Renvoi Revisited? Bemerkungen zur Entscheidung des New Yorker Surrogate's Court vom 10.4.1950 in re Schneider's Estate; Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift zum 70 Geburtstag von Hans Fritzsche, Zürich 1952, S.165 ff.

Llewelyn Davies, D.I.: The Influence of Huber's De Conflictu Legum on English Private International Law; BYIL Bd.XVIII (1937), S.49 ff.

Loewenstein, Karl: Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten; Berlin - Göttingen - Heidelberg 1959.

Louis-Lucas, Pierre: Le developpement de la compétence du droit français dans le règlement du conflicts de lois; Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etude offerte à Georges Ripert, Bd.1, S.271 ff., Paris 1950.

Lucas, Rainer: Quellen und Formen des Sowjetrechts; Studien des Instituts für Ostrecht München, Bd.16, Herrenalb 1965.

Lunz, L.A.:	Internationales Privatrecht, Bd.1, Allg. Teil, Berlin (Ost) 1961.
Ders.:	Einige Fragen des internationalen Privatrechts; Fragen des internationalen Privatrechts, zusammengestellt und bearbeitet von Horst Wiemann, Berlin (Ost) 1958.
Lyons, A.B.:	Conclusiveness of the Foreign Office Certificate; BYIL Bd.XXII (1946), S.240 ff.
Ders.:	The Conclusiveness of the "Suggestion" and Certificate of the American State Department; BYIL Bd.XXIII (1947), S.116 ff.
Ders.:	The Foreign Office Certificate. Some Recent Tendencies; BYIL Bd.XXXIII (1957), S.302 ff.
Mahajan, Vidya Dahr:	International Law; 3rd edition, Lucknow 1961.
Makarov, Alexander N.:	Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts; 2.Aufl., Stuttgart 1962.
Ders.:	Völkerrecht und internationales Privatrecht; Symmikta Georgius von Streit, Bd.1, S.535 ff., Athen 1939.
Ders.:	Die Haager Internationaprivatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel; Jus et Lex, Festschrift für Max Gutzwiller, S.303 ff., Basel 1959.
Ders.:	Internationales Privatrecht und Völkerrecht; WVR 2, S.129 ff.
Ders.:	Nottebohm-Fall, WVR II, S.635 ff.
Ders.:	Staatenlosenkonvention von 1950; WVR III, S.304 f.
Ders.:	Staatsangehörigkeitsrecht; WVR III, S. 323 ff.
Ders.:	Theorie und Praxis der Qualifikation; Vom deutschen zum europäischen Recht; Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, Bd.2, S.149 ff.
Malintoppi, Antonio:	Il valore delle raccomandazioni adottate da conferenze delle Nazioni Unite; Rivista di Diritto internazionale, Bd. XLIV 1961, S.604 ff.

Mancini, Pasquale Stanislao: De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre différentes législations civiles et criminelles; Clunet Bd.1 (1874), S. 221 ff. und 285 ff.

Ders.: La nazionalità come fondamento del diritto delle genti; Torino 1851.

Mann, Frederick Alexander: Völkerrecht im Prozeß; Süddeutsche Juristenzeitung 1950, S.546 ff.

Ders.: Zum Problem der Staatsangehörigkeit der juristischen Person; Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952.

Ders.: Währungsrecht, internationales; WVR III, S.797 ff.

Maridakis, Georges S.: Le renvoi en droit international privé; Rapport privisoire; Annuaire de l'institut de droit international, Bd.47 II (1957), S.17 ff., Rapport definitif; aaO., S.1 ff., Rapport supplémentaire; aaO., Bd.50 I (1963), S.497 ff.

von Martens, Friedrich: Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen; Dt. Ausgabe von Karl Bergbohm; Bd.1 Berlin 1883; Bd.2 Berlin 1886.

Maury, Jacques: L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective; RabelsZ. Bd.23 (1958) = Festschrift Makarov, S.515 ff.

Mayer, Helmuth: Völkerrecht und internationales Strafrecht; JZ 1952, S.609 ff.

McCloskey, Robert G.: The American Supreme Court; Chicago 1960.

Meijers, Eduard Maurics: L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale; RdC, Bd.49 (1934 III), S.543 ff.

Ders.: Het vraagstuk der heerverwijzing; Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Tweede Deel, Leiden 1955, S.366 ff.

Meili, Friedrich: Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat- und Strafrecht; ZintPuStR IV, 1894, S.258 ff., 340 ff., 446.

Meili, Friedrich: Argentraeus und Molinaeus und ihre Bedeutung im internationalen Privat- und Strafrecht; aaO., Bd.V (1895), S.363 ff., 452 ff., 554 ff.

Ders.: Ein Specimen aus der holländischen Schuld des internationalen Privatrechts (Ulrich Huber, 1636-1694); aaO., Bd.VIII (1898), S.189 ff.

Meister, Hans: Grenzen des Geltungsbereichs nationaler Kollisionsnormen; AcP, Bd.158 (1959/60), S.16.

Melchior, Georg: Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts; Berlin und Leipzig 1932.

Menzel, Eberhard: Völkerrecht. Ein Studienbuch; München und Berlin 1962.

Mitteis, Heinrich: Deutsche Rechtsgeschichte; 4.Aufl., neubearbeitet von Heinz Lieberich, München und Berlin 1956.

Mitteis, Ludwig: Chrestomathie der Papyruskunde; Bd.2, Leipzig 1912.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de: De L'ésprit des lois; Bd.I, II, Classiques Ganier Paris.

Morelli, Gaetano: Diritto processuale civile internazionale; 2 a ed. Padova 1954.

Ders.: Elementi di diritto internazionale privato italiano, 5 a ed. Napoli 1962.

Mosler, Hermann - Bräutigam, Hans Otto: Staatliche Zuständigkeit, WVR III, S.317 ff.

Ders.: Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte; Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 4, Karlsruhe 1961.

Mulder, A.C.I.: Inleiding tot het Nederlandsche Internationaal Privaatrecht; 2.Aufl., Arnhem 1947.

von Münch, Ingo: Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft; Frankfurt a.Main 1963.

Nadelmann, Kurt H.: Jurisdictionally improper fora; XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E Yntema, S.321 ff., Leiden 1961.

Nagel, Heinrich: Die Begrenzung des internationalen Zivilprozeßrechts durch das Völkerrecht; ZZP Bd.75, 1962, S.408 ff.

Nawiasky, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe; 2.Aufl., Einsiedeln - Zürich - Köln 1948.

Neuhaus, Paul Heinrich: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts; Berlin - Tübingen 1962.

Neumayer, Karl Heinz: Fremdes Recht und Normenkontrolle; RabelsZ Bd.XXIII (1958) = Festschrift f. Makarov, S.573 ff.

Ders.: Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel; Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift f. Hans Dölle, Bd.II, S.179 ff.

Neumeyer, Karl: Internationales Verwaltungsrecht IV. Bd., Allgemeiner Teil, Zürich - Leipzig 1936.

Ders.: Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus. Erstes Stück: Die Geltung der Stammesrechte in Italien; München 1901.
Zweites Stück: Die gemeinrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, München, Berlin und Leipzig 1916.

Niboyet, J.P.: L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité? R.D.D.I.P. Bd.39 (1950), S.509ff.

Ders.: Traité de Droit international français; 2.Aufl., Bd.1, Paris 1947.

Niederländer, Hubert: Materielles Recht und Verfahrensrecht im Internationalen Privatrecht; RabelsZ Bd.20, 1955, S.1 ff.

Niederer, Werner: Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts; Zürich 1954.

Ders.: Internationales Privatrecht und Völkerrecht. (Grundsätzliches über ihr gegenseitiges Verhältnis); SchwJIR Bd.V (1948), S.63 ff.

Ders.: Ceterum quaero de legum Imperii Romani conflictu; Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechts, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Fritzsche; Zürich 1952, S.115 ff.

Niemeyer, Theodor: Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs; Berlin 1901.

Nipperdey, Hans Carl (Ludwig Enneccerus): Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. XV. Aufl., Tübingen 1959.

Nussbaum, Arthur: Grundzüge des Internationalen Privatrechts, unter bsonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts; München und Berlin 1952.

Ders.: Geschichte des Völkerrechts in gedrängter Darstellung; München und Berlin 1960.

Ders.: The Problem of Proving Foreign Law; Yale Law Journal Bd.50 (1941), S.1018 ff.

Ders.: Proving the Law of Foreign Countries; The American Journal of Comparative Law, Bd.3 (1954), S.60 ff.

Ders.: Deutsches Internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts; Tübingen 1932.

Oehler, Dietrich: Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht; Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, S.83 ff.

Oehler, N.: Isopoliteia; Pauly-Wissowas R.E., Bd.IX, Sp.2227 ff.

Oppenheim, Lassa: International Law. A Treatise; Vol.1: Peace, Eighth Edition by Hersch Lauterpacht (1955), London - New York - Toronto.

Pagenstecher, Max: Der Grundsatz des Entscheidungseinklangs im internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Lehre vom Renvoi; Wiesbaden 1951.

Parker, Reginald: Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika; Wien 1960.

Partsch, Karl Josef: Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre; Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, heft 6, Karlsruhe 1964.

Ders.: Repressalie; WVR III, S.103 ff.

Ders.: Retorsion; WVR III, S.110.

Pascal, Blaise: Pensées; présenté par Jean Guitton; Librairie Générale Française, 1962.

Pereterski, I.S. - Krylow, S.B.: Lehrbuch des internationalen Privatrechts; Berlin (Ost) 1962.

Pilenko, N.: Le droit spatial et le droit international privé; Ius gentium, Bd.V, 1954, S. 34 ff.

Pillet, Antoine: Le Droit international privé considéré dans ses rapports avec le Droit international public. Etude systématique et méthodique; Revue pratique du Droit international privé; Bd.II (1892), S. 105 ff.

Ders.: La théorie générale des droits acquis; RdC Bd.8 (1925) III, S.485 ff.

Popescu, T.R.: Die Achtung vor dem ausländischen Recht; Fragen des IPR, zusammengestellt und bearbeitet von Horst Wiemann; Berlin (Ost) 1958, S.72.

Pound, Roscoe: An Introduction to the Philosophy of Law; 6.Aufl., New Haven 1963.

Preiser, Wolfgang: Völkerrechtsgeschichte I; WVR III, S. 680 ff.

Quadri, Rolando: Lezioni di Diritto Internationale Privato; 3 a ed. Napoli 1961.

Ders.: Diritto internationale pubblico; 3.Aufl., Palermo, o.J. (1960).

Raape, Leo: Internationales Privatrecht; 5.Aufl., 1961, Berlin und Frankfurt a.Main.

Rabel, Ernst: The Conflict of Laws. A Comparative Study (Michigan Legal Studies).
Vol.I: Ann Arbor 1958.
Vol.II: Ann Arbor 1960.
Vol.III: Chicago 1950.
Vol.IV: Ann Arbor 1958.

Ders.: Das Problem der Qualifikation; RabelsZ Bd.5 (1931), S.241 ff.

Radbruch, Gustav: Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts; Göttingen 1957.

Ders.: Der Geist des englischen Rechts; 3.Aufl., Göttingen 1956.

Réczei, László: Internationales Privatrecht; Verlag der ungarischen Akademie der Wissenschaften 1960.

Rehbinder, Eckard: Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts; Baden-Baden 1965.

Reibstein, Ernst: Völkerrechtsgeschichte II; WVR III, S. 703 ff.

Ders.: Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis. Bd.1: Von der Antike bis zur Aufklärung, Freiburg - München 1958.

Reu, Franz: Die staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht; Marburg 1938.

Riezler, Erwin: Internationales Zivilprozeßrecht; Berlin - Tübingen 1949.

Ders.: Die räumliche Begrenzung des Privatrechts; München 1949.

Rigaux, François: La théorie des qualifications en droit international privé; Paris 1956.

Roethof, H.I.: The Republic of the South Moluccas: An Existing State; Symbolae Verzijl, La Haye 1958, S.285 ff.

Roß, Alf: Theorie der Rechtsquellen; Wien - Berlin 1929.

Rostovzeff, Michael: The Social and Economic History of the Hellenistic World; Bd.1, 2.Aufl., Oxford 1953.

Rousseau, Charles: La determination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétance nationale des États; 1. Rapport et projet de Résolution provisoires; Annuaire de l'Institut de Droit international, Bd.43 I (1950), S.5 ff. 2. Rapport et projet de Résolution définitifs; Annuaire de l'Institut de Droit international, Bd.44 I (1952), S.137 ff.

Rousseau, Jean Jacques: Du contrat social ou principes du Droit politic; Classiques Garnier, Paris 1954.

Runge, Hans Joachim: Die Tätigkeit der Internationalen Rechtskommission der UN und der Beitrag der Völkerrechtler aus den Ostblockstaaten; Osteuropa-Recht Bd.1/2, 1955-56, S.176ff.

Sack, Alexander Naoum: Conflict of Laws in the History of English Law; Association of American Law Schools, Selected Readings on Conflict of Laws, St. Paul, Minn. 1956.

Sauveplanne, I.G.: L'interprétation de droit étranger par le juge international et la conséquence de l'ignorance du contenu de ce droit; Revue hellénique de Droit international, Jahrgang 13 (1960), S.7 ff.

Ders.: Internationaal Privaatrecht: Internationaal Recht?; Deventer - Antwerpen 1962.

Savigny, Friedrich Carl v.: System des heutigen römischen Rechts, Bd.VIII, Berlin 1849.

Ders.: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: Thibault und Savigny; Darmstadt 1959.

Schindler, Dietrich: Bericht Völkerrecht, SchwJIR Bd.2 (1945), S.110 ff.; SchwJIR Bd.3 (1946), S.199 ff.

Schlesinger, Rudolf B.: Die Behandlung des Fremdrechts im amerikanischen Zivilprozeß; RabelsZ. Bd.27, 1962/63, S.54 ff.

Schlochauer, Hans-Jürgen: Die extraterritorialen Wirkungen von Hoheitsakten nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht; Frankfurt/Main 1959.

Ders.: Internationaler Gerichtshof; WVR II, S.96 ff.

Schmitt, Carl: Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus publicum europäum, Köln 1950.

Ders.: Gesetz und Urteil - eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis; Berlin 1912.

Schnitzer, Adolf F.: Handbuch des internationalen Privatrechts einschließlich Prozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung; 2 Bde., 4.Aufl., Basel 1957.

Ders.: Vergleichende Rechtslehre; 2 Bde., 2. Aufl., Basel 1961.

Ders.: Mindeststandard; WVR II, S.537 f.

Ders.: Schwedische Anleihen Kontroverse; WVR III S.224 f.

Schmitthoff, Clive M.: The English Conflict of Laws; 3rd ed. London 1954.

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht; Göttingen 1954.

Ders.: Straftaten in Flugzeugen zugleich ein Beitrag zum deutschen internationalen Strafrecht; Erlangen 1965.

Ders.: Internationalrechtliche Fragestellung zur Dogmatik des deutschen Zivilprozesses; Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957.

Ders.: Probleme des internationalen Arbeitsrechts; Recht der Arbeit 1958, S.201 ff.

Ders.: Zum Normengrenzrecht auf dem Gebiet des Kirchenrechts, besonders der Kirchensteuern; Festschrift für Hans Liermann zum 70. Geburtstag, Erlangen 1964, S. 221 ff.

Ders.: Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts; Recht der Arbeit 1964, S.297 ff.

Ders.: Zum internationalen Urheberrecht außerhalb der Konventionen; Ufita Bd.37, 1962 II, S.281 ff.

Ders.: Buchbesprechung: Gerhard Schnorr, Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtssetzung; ArchVR Bd.13, 1966, S.140 ff.

Ders.: Der Wechsel als Rechtskomplex, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd.II, S.594 ff.

Ders.: Internationalrechtliche Bemerkungen zum Erbhofrecht; Iherings Jahrbücher Bd.88, S.51 ff.

Schröder, Jochen: Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen; Berlin 1961.

Schroeder, Friedrich Christian: Inhalt und Entwicklung von Staat und Recht nach dem neuen Parteiprogramm der Kommunistischen Partei der Sowjetunion (Teil I); Jahrbuch für Ostrecht, 1964, S.45 ff.

Ders.: Die ideologischen Grundlagen des Völkerrechts und der innerstaatlichen Ordnung im Streit zwischen Moskau und Peking; Jahrbuch für Ostrecht, 1965, S.221 ff.

Schönbauer, Ernst: Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Recht; Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom Abt., Bd.49, S.345 ff.

Schüle, Adolf: Rechtsmißbrauch; WVR III, S.69 ff.

Schulte, Heinrich: Die "billigen" Flaggen im Völkerrecht. Zur Frage des "Genuine Link"; Frankfurt a.Main - Berlin 1961.

Schultz, Hans: Bemerkungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Strafrecht; SchwJIR Bd.XIX (1962), S.9 ff.

Schultz, Lothar: Die sowjetische Völkerrechtslehre; Jahrbuch für Internationales Recht, Bd.V, 1955, S.78 ff.

Schwartz, Ivo E.: Deutsches internationales Kartellrecht. Der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter vergleichender Heranziehung des amerikanischen Antitrustrechts; Köln - Berlin - Bonn - München 1962.

Schwarzenberger, Georg: International Law. Vol.I: International Law as applied by International Courts and Tribunals 3rd ed., London 1957,

Scupin, Hans Ulrich: Grundrechte und Grundpflichten der Staaten, WVR I, S.723 ff.

Seidl, Erwin: Ptolemäische Rechtsgeschichte; Glückstadt - Hamburg - New York 1962.

Ders.: Römische Rechtsgeschichte und Römisches Zivilprozeßrecht; Köln - Berlin - Bonn - München 1962.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz: Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht; Berlin - Tübingen 1952.

Ders.: Feindvermögen; WVR I, S.511 ff.

Ders.: Nationalisation; WVR II, S.568 ff.

Ders.: Privatvermögen im Ausland; WVR II, S. 802 ff.

Ders.: Dekolonisierung. Politik und positives Recht; JZ 1964, S.489 ff.

Ders.: Völkerrechtswidrige Akte fremder Staaten vor innerstaatlichen Gerichten; Recht im Wandel. Beiträge zu Strömungen und Fragen im heutigen Recht. Festschrift 150 Jahre Carl Heymann Verlag K.G.; Köln, Berlin, Bonn, München, 1965.

Seidl- Hohenveldern, Ignaz: Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht. Mit einer Bibliographie über Staatseingriffe in ausländisches Privateigentum; Köln, Berlin, Bonn, München, 1963.

Sereni, Angelo Piero: Diritto internazionale; Bd.I, Milano 1956; Bd.II, 1, Milano 1958; Bd.III, Milano 1962.

Serick, Rolf: Rechtsform und Realität juristischer Personen; Berlin - Tübingen 1955.

Siber, Heinrich: Römisches Privatrecht; Berlin 1928.

Soerensen, Max: Les sources du droit international. Etude sur la jurisprudence de C.P.J.I.; Copenhague 1946.

Sohm, Rudolf: Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts; 17.Aufl., bearbeitet von Ludwig Mitteis, herausgegeben von Leopold Wenger, Berlin 1949.

Stagel, Friedrich - Michelmayr, Eduard: Zivilprozeßordnung und Jurisdiktionsnorm; Manzsche Ausgabe der österr. Gesetze, Bd.6, Wien 1960.

Stalin, Josef Wissarionowitsch: Der Marxismus und die Frage der Sprachwissenschaft; Dt. Übersetzung Berlin (Ost) 1951.

Steindorff, Ernst: Sachnormen im internationalen Privatrecht; Frankfurt a.Main o.J.

Steinwenter, N.: Ius latii; Pauly-Wissowas R.E. Bd.X, 1 Sp. 1260 ff.

Stoll, Hans: Völkerrechtliche Vorfragen bei der Anwendung ausländischen Rechts; Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 4, Karlsruhe 1961.

Story, Josef: Commentaries on the Conflict of Laws; 8 th ed., Boston 1883.

von Streit, Georgios: Zur Klärung der Zappa-Frage; ZIR Bd.3 (1893), S.479 ff.

Strupp, Karl: Urkunden zur Geschichte des Völkerrechts; 2 Bde., Gotha 1911.

Stuyt, A.M.: Survey of International Arbitrations; 1794-1938; The Hague 1939.

Suarez, Franciscus: Tractatus de legibus ac Deo legislatore opera omnia Bd.5, Paris 1856.

Sulimma, Hans G.:	Bemerkungen zum Privatrecht Israels; JZ 1960, S.730 ff.
Tammes, A.J.P.:	Netherlands Courts and International Recognition; Symbolae Verzijl, La Haye 1958.
Triepel, Heinrich:	Völkerrecht und Landesrecht; Leipzig, 1899.
Troller, Kamen:	Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs; Freiburg (Schweiz), 1962.
Tunkin, Grigory I.:	Coexistence and International Law; RdC Bd.95 (1958 III), S.1 ff.
Ders.:	The Role of International Law in International Relations; Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für A. Verdroß, Wien 1960, S.293 ff.
United Nations:	Systematic Survey of Treaties for Pacific Settlement of International Disputes; 1928-1948, Lake Success, New York 1948.
United Nations:	Repertory of Practice of United Nations Organs; Vol.I, New York 1955; Supplement No.1, New York 1958.
Vannod, Alex:	Fragen des Internationalen Enteignungs- und Konfiskationsrechts; Zürich 1959.
de Vattel, Emer:	Le droit des gens ou principe de la loi naturelle appliqué la conduite et aux affaires des nations et des souverains (1758); Die Klassiker des Völkerrechts in modernen deutschen Übersetzungen, Bd.3, Tübingen 1959.
Verdroß, Alfred:	Völkerrecht; 5.Aufl. unter Mitarbeit von Stefan Verosta und Karl Zemanek, Wien 1964.
Ders.:	Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung; Tübingen 1923.
Ders.:	Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen Recht oder dem Völkerrecht unterliegen? Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Bd.6, 1965, S.129 ff.
Verzijl, J.H.W.:	The Controversy regarding the so-called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws; NTIR, Bd.VIII, 1961, S.3 ff.

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz; 2.Aufl., München 1963.

Vischer, Frank: Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht; Basel 1953.

Ders.: Internationales Vertragsrecht. Die kollisionsrechtlichen Regeln der Anknüpfung bei internationalen Verträgen; Bern 1962.

Ders.: Der Richter als Gesetzgeber im Internationalen Privatrecht, SchJIR Bd.12, 1955, S.75 ff.

de Visscher, Paul: La protection diplomatique des personnes morales; RdC Bd.102 (1961 I), S.399 ff.

Vitta, Edoardo: L'ordre public en matière de divorce et de nullité de mariage dans la jurisprudence italienne; R.C.D.I.P. Bd.54, 1965, S.267 ff.

Vivier, Gérard: Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois; R.C.D.I.P., Bd.42, 1953, S.655 ff.; Bd.43, 1954, S.73 ff.

Vogel, Klaus: Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sogenannten internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts; Frankfurt a.Main - Berlin, 1965.

Vollkommer, Max: Richter und Gerichte in England (Zivilgerichtsbarkeit); ZZP Bd.73 (1960), S. 145 ff.

de Vos, Léopold: Les problèmes des conflits de lois. Cours du Droit international privé belge; Bruxelles 1946.

Vyshinsky, Andrei A.Y. (General Editor): The Law of the Soviet State, New York 1954.

Wächter, Carl Georg: Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten; Archiv für die civilistische Praxis Bd.24 (1841), S.230 ff.; Bd.25 (1842), S.1 ff., 161 ff., 361 ff.

Walker, Thomas Alfred: A History of the Law of Nations, Bd.I, Cambridge 1899.

Wehberg, Hans: Kriegsverbot; WVR II, S.270 ff.

Weiss, André:	Traité théorique et pratique de droit international privé; Bd.III: Le conflit des lois, 2e éd., Paris 1912.
Weiss, Egon:	Griechisches Privatrecht, Bd.1, Allgemeine Lehren; Leipzig 1923.
Ders.:	Ius gentium; Pauly-Wissowas R.E., Bd. XIX, Sp.1118 ff.
Wenger, Leopold:	Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts; München 1925.
Ders.:	Römisches Recht und Rechtsvergleichung; Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie, Bd.14, S.1 ff. und S.106 ff.
Wengler, Wilhelm:	Völkerrecht; Berlin - Göttingen - Heidelberg 1964, 2 Bde.
Ders.:	Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse. Feststellung und Gestaltung im internationalen Privatrecht; RabelsZ Bd.16 (1951), S.1 ff.
Ders.:	Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits; R.C.D. I.P., Bd.41 (1952), S.595 ff.; Bd.42 (1953), S.37 ff.
Ders.:	Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts; Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, S.615 ff.
Ders.:	Die Belegenheit von Rechten; Festschrift der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin vom 7. bis 10. September 1955; Berlin - Frankfurt a.Main 1955.
Ders.:	Über die Maxime von der Unanwendbarkeit ausländischer politischer Gesetze; Internationales Recht und Diplomatie 1956, S.191 ff.
Ders.:	Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte; 100 Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Karlsruhe 1960, S.239 f.
Ders.:	The General Principles of Private International Law; RdC Bd.104 (1961) III, S.273 ff.

Wengler, Wilhelm: Les conflits de lois et le principe d'égalité; R.C.D.I.P., Bd.52 (1963), S.203 ff.

Ders.: Das Gleichheitsprinzip im Kollisionsrecht; Eranion Maridakis, Bd.3, S.323 ff, Athen 1964.

Ders.: Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie; Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd.54, 1941, S.168 ff.

Ders.: Betrachtungen zum Begriff der Staatsangehörigkeit; Internationalrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen, Festschrift für Walter Schätzel, Düsseldorf 1960, S.545 ff.

Wenzel, Max: Die Hoheitsrechte in der Lübecker Bucht. Ein Beitrag zum Meeresvölkerrecht; Rostock 1926.

Wesenberg, Gerhard: Zur Frage eines Römischen Internationalen Privatrechts; Labeo, Rassegna di Diritto romano, Bd.III, S.227 ff.

Westen, Klaus: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Ansichten Josef Stalins; Lindau und Konstanz 1959.

Wichser, Werner R.: Der Begriff des wohlerworbenen Rechts im internationalen Privatrecht; Zürcher Studien zum internationalen Recht Nr.21, Zürich 1955.

Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung; Göttingen 1952.

Ders.: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher; Karlsruhe 1953.

Wiebringhaus, Hans C.: Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung. Beitrag zu einer universalistischen Theorie des Internationalprivat- und Völkerrechts; 2.Aufl., Saarbrücken o.J.

Wiethölter, Rudolf: Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts; Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 8, Berlin 1956.

von Wilamowitz-Moellendorff, Ulrich: Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer; Berlin 1910.

de Winter, L.I.:	Dwingend Recht bij internationale overeenkomsten; NTIR, Bd.11, 1964, S.329 ff.
Ders.:	Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu? De conflictu legum. Bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kollewijn, J. Offerhaus; Leiden 1962, S.514 ff.
White, Gillian:	Nationalisation of Foreign Property; London, 1961.
Wolff, Hans Julius:	Das Justizwesen der Ptolemäer; München 1962.
Wolff, Martin:	Private International Law; 2nd ed., Oxford 1950.
Ders.:	Das Internationale Privatrecht Deutschlands; 3.Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1954.
Wortley, Ben Atkinson:	The Interaction of Public and Private International Law Today; RdC Bd.85 (1954 I), S.245 ff.
Ders.:	The General Principles of Private International Law; RdC Bd.94 (1958 II), S.91 ff.
Ders.:	The Enforcement of Claims in personam in the Conflict of Laws; Jus et Lex, Festschrift für Max Gutzwiller, Basel 1959, S.347 ff.
Yntema, Hessel E.:	Les objectifs du droit international privé; R.C.D.I.P., Bd.48 (1959), S.1 ff.
Ders.:	The Comity Doctrine; Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd.2, S.65 ff.
Zajtay, Imre:	Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen IPR; Berlin - Tübingen 1963.
Zemanek, Karl:	Zwischenabhängigkeit; WVR III, S.896 ff.
Zeumer, Karl:	Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung im Mittelalter; Leipzig 1904.
Zippelius, Reinhold:	Das Wesen des Rechts; Beck'sche Schwarze Reihe, Bd.35, München 1965.
Ders.:	Zum Problem der Rechtsfortbildung; NJW 1964, S.1981 ff.

Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht; Bd.1, Leipzig, 1897.

Ders.: Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts; Festgabe für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag, Bonn 1919, S.220 ff.

Zweigert, Konrad: Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote; RabelsZ Bd.14 (1952), S.283 ff.

Ders.: Zur Lehre von den Rechtskreisen; XXth. Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema, Leiden 1961, S.42 ff.

Ders.: Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern; Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 5, Karlsruhe 1964, S.194 ff.

Ders.: Die dritte Schule im internationalen Privatrecht. Zur neueren Wissenschaftsgeschichte des Kollisionsrechts; Festschrift für Leo Raape, 1948, S.35 ff.

L e b e n s l a u f

Am 9.6.1933 in Nürnberg, als Sohn des technischen Angestellten Friedrich Bauer und seiner Ehefrau Kunigunde Zink geboren, besuchte ich in Nürnberg die Volksschule und trat - nach kriegsbedingter Verzögerung - im Dezember 1945 in die Dürer-Oberrealschule ein. Im April 1953 wechselte ich auf das Realgymnasium über, dort bestand ich im Juli 1954 die Reifeprüfung.
Vom Wintersemester 1954/55 an studierte ich Rechtswissenschaft in Erlangen und München, im Sommersemester 1958 legte ich die erste Staatsprüfung ab. Im Oktober 1958 begann ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar, seit März 1959 bin ich an der juristischen Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg als wissenschaftliche Hilfskraft, später Verwalter der Planstelle eines wissenschaftlichen Assistenten tätig. Im September 1963 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung.
Ich bin seit 1962 mit Huberta Galm aus Miltenberg verheiratet.

Offsetdruck - Fotodruck
Josef Hogl
8520 Erlangen, Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz,) Tel. 22990

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 852 Erlangen, Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990